

**DIE FREIZÜGIGKEIT VON ARBEITNEHMERN
AUS EG-STAATEN
IN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND**

Dissertation

**zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes-Gutenberg-Universität
Mainz**

vorgelegt von

Lambert Jungmann

Oberregierungsrat in Nürnberg

1984

DIE FREIZÜGIGKEIT VON ARBEITNEHMERN
AUS EG-STAATEN
IN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes-Gutenberg-Universität
Mainz

vorgelegt von

Lambert Jungmann

Oberregierungsrat in Nürnberg

1984

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis der mündlichen Prüfung

1. Die Bedeutung der mündlichen Prüfung

2. Die Aufgaben der mündlichen Prüfung

3. Die Aufgaben der mündlichen Prüfung

4. Die Aufgaben der mündlichen Prüfung

5. Die Aufgaben der mündlichen Prüfung

6. Die Aufgaben der mündlichen Prüfung

7. Die Aufgaben der mündlichen Prüfung

8. Die Aufgaben der mündlichen Prüfung

9. Die Aufgaben der mündlichen Prüfung

10. Die Aufgaben der mündlichen Prüfung

11. Die Aufgaben der mündlichen Prüfung

12. Die Aufgaben der mündlichen Prüfung

13. Die Aufgaben der mündlichen Prüfung

ERSTBERICHTERSTATTER: PROF. DR. JUR. WALTER RUDOLF

ZWEITBERICHTERSTATTER: PROF. DR. JUR. PETER SCHNEIDER

TAG DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG: 19. DEZEMBER 1984



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALTSVERZEICHNIS

	<u>Seite</u>
EINFÜHRUNG	1
<u>Erster Teil: DIE ENTWICKLUNG DER FREIZÜGIGKEIT</u>	2
§ 1 DIE ENTWICKLUNG DER FREIZÜGIGKEIT VOR DEM ENTSTEHEN DER EWG	2
I. Die Entwicklung bis zum 1. Weltkrieg	2
II. Die Entwicklung bis zum Jahre 1939	5
III. Die Entwicklung nach 1945 bis zum EWG-Vertrag	6
1. Der Gründungsvertrag der Organisa- tion für europäische wirtschaftliche Zusammenarbeit (OEEC)	7
2. Das Europäische Niederlassungsab- kommen (ENA)	8
3. Der Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKSV)	9
IV. Niederlassungsverträge mit Wohlwollens- und Meistbegünstigungsklauseln	11
§ 2 DIE VERWIRKLICHUNG DER FREIZÜGIGKEIT IN DER EWG	16
I. Vorbemerkung	16
1. Der Gleichbehandlungsgrundsatz	16
2. Art. 48 Abs. 3 des EWGV	18
II. Die Verordnung (EWG) Nr. 15/61	19
III. Die Verordnung (EWG) Nr. 38/64	20
IV. Die Herstellung der vollen Freizügig- keit durch die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68	22

<u>Zweiter Teil: DIE GELTENDMACHUNG DER FREIZUGIGKEIT</u>	24
§ 1 EINFÜHRUNG	24
§ 2 DER BEGRIFF DES ARBEITNEHMERS	29
I. Vorbemerkung	29
II. Inhaltliche Konkretisierung anhand von Gemeinschaftsrecht	30
1. Die Rechtsprechung des EuGH zur Anwendung gemeinschaftsrechtlicher Normen	30
2. Der Aufenthalt zu touristischen Zwecken	34
3. Die selbständige Erwerbstätigkeit	35
4. Der nationale öffentliche Dienst	36
5. Erwerbsunzucht und Freizügigkeit	40
6. Der wirtschaftliche Umfang der Beschäftigung	41
III. Die Freizügigkeit von Familienangehörigen	45
§ 3 DIE EINREISEFORMALITÄTEN	48
I. Die Überprüfung der Aufenthaltserlaubnis beim Grenzübertritt	48
II. Das Erfordernis eines gültigen Ausweises	51
§ 4 DIE BEDEUTUNG DER AUFENTHALTSERLAUBNIS FÜR EG-ANGEHÖRIGE	55
I. Zur Rechtslage im allgemeinen Ausländerrecht	55
II. Die Rechtsnatur der Aufenthaltserlaubnis gem. § 4 AufenthG/EWG	58
§ 5 DIE FREIZUGIGKEIT GRIECHISCHER ARBEITNEHMER	60
I. Vorbemerkung	60
II. Die Behandlung der Arbeitnehmer	62
III. Familienangehörige	65
IV. Verbleibeberechtigte	65

<u>Dritter Teil: DIE AUSWEISUNG</u>	67
§ 1 GRUNDLAGEN DER AUSWEISUNG	67
I. Vorbemerkung	67
II. Ausweisung nach allgemeinem Ausländerrecht	68
1. Die Ausweisungsverfügung	68
2. Die Rechtsgrundlagen	69
III. Der Begriff der "öffentlichen Ordnung und Sicherheit"	72
1. Die Auffassung des deutschen Gesetzgebers	72
2. Der Begriff des "ordre public" im französischen Ausländerrecht	75
3. Zum Inhalt der Vorbehaltsklausel im EWG-Vertrag	78
§ 2 FALLGRUPPEN	82
I. Die Ausweisung wegen eines Verstoßes gegen strafrechtliche Normen	82
1. Der Fall Bonsignore	82
2. Der Fall Bouchereau	84
3. Die Ausweisung bei einer Strafaussetzung zur Bewährung gem. § 56 Abs. 1 StGB	86
II Die Ausweisung wegen einer politisch oder anderweitig unerwünschten Betätigung	88
1. Vorbemerkung	88
2. Zur Rechtslage im allgemeinen Ausländerrecht	89
3. Der Fall van Duyn	90
4. Der Fall Rutili	92
III. Die Ausweisung bei Verstößen gegen Aufenthalts- und melderechtliche Vorschriften	99
1. Zur Rechtslage im allgemeinen Ausländerrecht	99
2. Der Fall Royer	99
3. Der Fall Watson/Belman	101
4. Der Fall Sagulo, Brenca und Bakhouché	103

5. Die Ausweisung wegen eines ungültigen Ausweises	105
IV. Die Ausweisung wegen des Bezugs von Sozialhilfe	107
1. Vorbemerkung	107
2. Die Ausweisung nach allgemeinem Ausländerrecht	107
3. Die Ausweisung aufgrund zwischenstaatlicher Vereinbarungen	109
a) Das Europäische Niederlassungsabkommen	109
b) Das Europäische Fürsorgeabkommen	109
4. Schranken der Ausweisung aus EG-rechtlichen Gesichtspunkten	110
SCHLUBBEMERKUNG: VORSTELLUNGEN ZUR WEITERENTWICKLUNG DER FREIZUGIGKEIT	113

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AufenthG/EWG	Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
AuslG	Ausländergesetz
BArBl	Bundesarbeitsblatt
Bd.	Band
BGBI	Bundesgesetzblatt
BMI	Bundesministerium des Innern
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
BSG	Bundessozialgericht
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
Bund Anz.	Bundesanzeiger
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
Dok.	Dokument
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVAuslG	Durchführungsverordnung zum Ausländergesetz
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)

EG	Europäische Gemeinschaften
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte - Zeitung
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
GMBI	Gemeinsames Ministerialblatt
InfAuslR	Informationsbrief Ausländerrecht (Zeitschrift)
insb.	insbesondere
m.E.	meines Erachtens
Min.Bl.	Ministerialblatt
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Pkt.	Punkt
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rdn	Randnummer
RdSchr.	Rundschreiben
RGBI	Reichsgesetzblatt
Rs	Rechtssache
S.o., S.	siehe oben, Seite
s.u., S.	siehe unten, Seite
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VRspr	Verwaltungsrechtssprechung (Zeitschrift)

VwV		Verwaltungsvorschrift
ZAR		Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
z.B.		zum Beispiel
Zi.	*	Ziffer

LITERATURVERZEICHNIS

- Becker, Friedrich
Braasch, Dietrich: Recht der ausländischen Arbeit-
nehmer, Darmstadt 1983
- Beutler, Bengt
Bieber, Roland
Pipkorn, Jörn
Streil, Jochen: Die Europäische Gemeinschaft -
Rechtsordnung und Politik, Baden-
Baden 1979
- Bleckmann, Albert: Zum Rutili-Fall des EuGH,
EuGRZ 1976, S. 265 ff.
- Derselbe: Europarecht, 3. Aufl., Köln-Berlin-
Bonn-München 1980
- Bluntschli, Johann
Kaspar: Das moderne Völkerrecht der ci-
vilisierten Staaten, 3. Aufl.,
Nördlingen 1878
- Bongen, Wolfgang: Schranken der Freizügigkeit aus
Gründen der öffentlichen Ordnung
und Sicherheit im Recht der Euro-
päischen Wirtschaftsgemeinschaft,
Berlin 1975
- Bülow, Erich: Die Rechtsstellung des Einzelnen
in der EWG - am Beispiel der Frei-
zügigkeit -, in: Zur Stellung der
Mitgliedstaaten im Europarecht,
Schriftenreihe der Hochschule
Speyer, Band 32, Berlin 1967
- Cerexhe, Etienne: Le droit européen, Leuven 1982
- Charalambis, Stamatis: Die Arbeitnehmer im EWG-Recht,
Diss. Erlangen 1970
- Deringer, Arved
Sedemund, Joachim: Europäisches Gemeinschaftsrecht,
NJW 1981, S. 1125 ff.
- Deschamps, Didier: Les institutions politiques de la
France, München 1980
- Doehring, Karl: Die allgemeinen Regeln des völker-
rechtlichen Fremdenrechts und das
deutsche Verfassungsrecht, Köln-
Berlin 1963
- Driver, Winfried: Die Integration des europäischen
Arbeitsmarktes, Diss. Köln 1963
- Dubbers, Jürgen: Das Sagulo-Urteil des EuGH und die
deutsche Rechtsprechung zur EG-Auf-
enthaltserlaubnis, EuGRZ 1980,
S. 689 ff.

- Dubbers, Jürgen: Die Mißachtung der Art. 48 ff EWGV durch deutsche Behörden und Gerichte, EuGRZ 1979, S. 556 ff.
- Everling, Ulrich: Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt, Berlin und Frankfurt 1963
- Feige, Konrad: Der Gleichheitssatz im Recht der EWG, Tübingen 1973
- Franz, Fritz: Zur Reform des Ausländerpolizeirechts, DVBl 1963, S. 797 ff.
- Fried, Egbert: Rechtsvereinheitlichung im Internationalen Arbeitsrecht, Berlin und Frankfurt a.M. 1965
- Fröhlich, Stefan: Niederlassungsrecht und Freizügigkeit in der EWG und der EFTA, Zürich 1965
- Grabitz, Eberhard: Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft, Europäische Schriften des Bildungswerkes Europäische Politik, Band 25, Köln 1970
- Groeben, Hans von der
Boeckh, Hans von
Thiesing, Jochen: Kommentar zum EWG-Vertrag, Band 1, 2. Aufl., Baden-Baden-Bonn-Frankfurt a.M. 1974
- Groeben, Hans von der
Hrbek, Rudolf
Möller, Hans
Schneider, Heinrich: Die Europäische Union als Prozeß (Bd. 1 der Reihe "Möglichkeiten und Grenzen einer Europäischen Union), Baden-Baden 1980
- Haensch, Günther
Lory, Alain: Frankreich, Band 1, München 1976
- Hailbronner, Kay: Die Freizügigkeit im Spannungsfeld zwischen Staatsräson und europäischem Gemeinschaftsrecht, DÖV 1978, S. 857 ff.
- Hildmann, Rainer: Die rechtliche Stellung der Arbeitnehmer aus den Mitgliedsstaaten der EWG und aus Drittstaaten beim Zugang zur Beschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Zürich 1969
- Huber, Bertold: Die Entwicklung des Ausländer- und Arbeitserlaubnisrechts im Jahre 1980, NJW 1981, S. 1868 ff.

- | | |
|---|---|
| Hueck, Alfred
Nipperdey, Hans-Karl: | Lehrbuch des Arbeitsrechts,
7. Aufl., Band 1, Berlin und
Frankfurt a.M. 1963 |
| Ipsen, Hans-Peter: | Europäisches Gemeinschaftsrecht,
Tübingen 1972 |
| Kanein, Werner: | Ausländergesetz, 3. Aufl., München
1980 |
| Klösel, Arno
Christ, Rudolf: | Deutsches Ausländerrecht, 2. Aufl.,
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1983 |
| Knocke, Anton: | Ausländische Wanderarbeiter in
Deutschland, Leipzig 1911 |
| Kranz, Jürgen: | Die Freizügigkeit nach dem EWG-
Vertrag und das nationale Aus-
länder- und Melderecht, DÜV 1977,
S. 111 ff. |
| Lässig, Lutz: | Deutsch als Gerichts- und Amts-
sprache, Berlin 1980 |
| Makarov, Alexander: | Allgemeine Lehren des Staatsan-
gehörigkeitsrechts, 2. Aufl.,
Stuttgart 1982 |
| Marx, Reinhard: | Ausländergesetz, Baden-Baden
1981 |
| Marxen, Walter: | Deutsches Ausländerrecht, München
1967 |
| Maunz, Theodor
Dürig, Günter
Herzog, Roman
Scholz, Rupert: | Grundgesetz, 5. Aufl., München
1978 |
| Mengele, Hans-Peter: | Ausländerrecht, Stuttgart-Berlin-
Köln-Mainz 1983 |
| Menzel, Eberhard
Ipsen, Knut: | Völkerrecht, München 1979 |
| Meyer, Werner: | Die Grundsätze der aufenthaltsrecht-
lichen Rechtsprechung des BVerwG zum
Europarecht und zu völkerrechtlichen
Niederlassungsverträgen, NVWZ 1984,
S. 733 ff. |
| Nascimbene, Bruno: | Probleme des Aufenthaltsrechts von
EG-Bürgern in Italien, EuGRZ 1979,
S. 371 ff. |
| Nelhans, Joachim: | Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer
in Europa, Baden-Baden 1975 |
| Nicolaysen, Gerd: | Das Gemeinschaftsrecht,
Berlin-Köln-Mainz 1979 |

- Nikisch, Arthur: Arbeitsrecht, 3. Aufl., Band 1,
Tübingen 1961
- Rittstieg, Helmut: Steuerung der Ausländerbeschäftigung
nach deutschem und internationalem
Recht, NJW 1978, S. 1078 ff.
- Sasse, Christoph: Bannstrahl des EuGH gegen deut-
sches EG-Ausländerrecht?
EuGRZ 1978, S. 230 ff.
- Scheffler, Hans-Hermann: Ausländergesetz und Aufenthalts-
gesetz/EWG im Licht der neueren
Rechtsprechung des Europäischen
Gerichtshofes, DVB1 1977, S. 90 ff.
- Scheuner, Ulrich: Die Auswanderungsfreiheit in der
Verfassungsgeschichte und im Ver-
fassungsrecht Deutschlands, in:
Festschrift für Thoma, Tübingen
1950, S. 208 ff.
- Schiedermaier, Rudolf: Handbuch des Ausländerrechts der
Bundesrepublik Deutschland, Frank-
furt a.M.-Berlin 1968
- Schiefer, Jack: Europäischer Arbeitsmarkt, Frei-
zügigkeit und Mobilität der Ar-
beitnehmer, Baden-Baden-Bonn 1961
- Schnorr, Gerhard: Das Arbeitsrecht als Gegenstand
internationaler Rechtssetzung,
München und Berlin 1960
- Schregle, Johannes: Die Bundesrepublik Deutschland und
die Internationale Arbeitsorganisa-
tion, RdA 1950, S. 201 ff.
- Schweitzer, Michael: Anmerkung zum Urteil des EuGH vom
28.10.1975, Rs 36/75, NJW 1976, S. 469 f.
- Schweitzer, Michael
Hummer, Waldemar: Europarecht, Frankfurt a.M. 1980
- Selmer, Peter: Die öffentliche Sicherheit und Ord-
nung als Schranke der Arbeitnehmer-
freizügigkeit gemäß Art. 48 Abs. 3
EWG-Vertrag, DÖV 1967, S. 328 ff.
- Speyer, Stefan: Anmerkung zum Urteil des EuGH vom
23.3.1982, Rs 53/81, Inf AuslR 4/83, S.105 ff.
- Stadler, Rupert: Die Berufsfreiheit in der Europäi-
schen Gemeinschaft, München 1980
- Stein, Torsten: Strafgerichtliche Aufenthaltsbe-
schränkungen gegenüber eigenen Staats-
angehörigen und EWG-Ausländern,
EuGRZ 1979, S. 448 ff.

- Stein, Torsten: Die Einschränkung der Freizügigkeit von EWG-Ausländern aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, NJW 1976, S. 1553 ff.
- Steindorff, Ernst: Berufsfreiheit für nicht-wirtschaftliche Zwecke im EG-Recht, NJW 1982, S. 1902 ff.
- Stirn, Hans: Ausländische Arbeiter im Betrieb, 5. Beiheft zum Zentralblatt für Arbeitswissenschaft, Frechen 1964
- Streil, Jochen: Der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung im Recht der Freizügigkeit der Europäischen Gemeinschaften, EuGRZ 1976, S. 115 ff.
- Tomuschat, Christian: Freizügigkeit nach deutschem Recht und Völkerrecht, DÜV 1974, S. 757 ff.
- Derselbe: Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 4.12.1974, Rs 41/74, in: Cahiers de droit européen 1975, S. 302
- Weber, Albrecht: Die Rechtsprechung des EuGH zum Vorbehalt der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, EuGRZ 1978, S. 157 ff.
- Winkel, Klaus: Der Ausbau der Freizügigkeit des Marktbürgers durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, NJW 1975, S. 1057 ff.
- Wittkopp, Jürgen: Wirtschaftliche Freizügigkeit und Nationalstaatsvorbehalte, Baden-Baden 1977

EINFÜHRUNG

Die Verwirklichung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der EWG ist einer der entscheidenden Faktoren, mittels derer nicht nur eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens, sondern auch eine politische Integration gefördert werden kann. Es erstaunt deshalb, daß ungeachtet umfangreicher gemeinschaftsrechtlicher Regelungen die Mitgliedstaaten nicht selten erst dann bereit sind, auf nationale Vorbehalte zu verzichten, wenn seitens europäischer Organe auf die Einhaltung der Bestimmungen gedrängt wird. Der EuGH hat durch seine Urteile wesentlich dazu beigetragen, den Integrationsprozeß in der EG zu fördern, weil er sich bemüht, alle in den EG-Bestimmungen verwendeten Begriffe vorrangig unter gemeinschaftsrechtlichen Gesichtspunkten zu interpretieren.

Die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Ausgestaltung der Freizügigkeit anhand wichtiger Entscheidungen darzustellen, ist ein Anliegen dieser Arbeit. Bei der Reihung der behandelten Fragen lag es nahe, dem Aufbau des AufenthG/EWG¹ zu folgen. Es erschien allerdings notwendig, einen Überblick über die Entwicklung der Freizügigkeit voranzustellen, bevor der Begriff des Arbeitnehmers erläutert wird. Der Darstellung verschiedener Probleme, die sich bei der Einreise ergeben können, folgt als Schwerpunkt der Arbeit die Behandlung des Ausweisungsrechts.

Im Rahmen dieses Abschnitts wird untersucht, welche Tragweite dem Begriff der "öffentlichen Ordnung und Sicherheit" in Art. 48 Abs. 3 EWGV zukommt. Seine Auslegung stellt das zentrale Problem des Freizügigkeitsrechts dar. Es ist keine juristische Aufgabe, die es zu lösen gilt, vielmehr wird bei näherer Betrachtung offensichtlich, daß der politische Wille der Mitgliedstaaten, auf nationalen Vorbehalten zu bestehen oder sie zugunsten der Gemeinschaft aufzugeben, maßgeblich den Inhalt bestimmt. Der EuGH hat, trotz der Kritik, seinen Entscheidungen fehle die wünschenswerte Klarheit im Detail, hier Bedeutendes geleistet, indem er mit Nachdruck allen Interpretationsversuchen entgegentrat, die mit den vom Vertrag vorgegebenen Zielen nicht in Einklang standen.

¹ In der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Januar 1980 (BGBl. I, S. 116), geändert durch das Dritte Änderungsgesetz vom 11. September 1981 (BGBl. I, S. 949)

Erster Teil: DIE ENTWICKLUNG DER FREIZÜGIGKEIT

§ 1 DIE ENTWICKLUNG DER FREIZÜGIGKEIT VOR DEM ENTSTEHEN DER EWG

I. Die Entwicklung bis zum 1. Weltkrieg

1. Die Entwicklung der Freizügigkeit für ausländische Arbeitnehmer ist von der industriellen Entwicklung in Europa und der Internationalisierung des Arbeitsrechts nicht zu trennen. Im Gefolge der industriellen Revolution wuchs im 19. Jahrhundert in den wirtschaftlich führenden Staaten Europas ständig die Zahl der unselbstständigen Arbeitnehmer. Die ausschließlich von seiten der Unternehmer ausgestalteten Arbeitsverhältnisse führten zu einer unvorstellbaren Ausbeutung, die bald zu einer Gefahr für den sozialen Frieden in den einzelnen Staaten wurde. Um die so entstandenen inneren Spannungen abzubauen, sahen sich die Staaten gezwungen, durch gesetzliche Maßnahmen in die vom wirtschaftlichen Liberalismus geprägte Entwicklung einzugreifen. Die sich aus der Entstehung der nationalen Arbeitsrechte ergebende soziale Besserstellung der Arbeitnehmer belastete jedoch die Wirtschaft des betreffenden Landes derart, daß es auf dem internationalen Markt sozial weniger fortschrittlichen Staaten gegenüber an Konkurrenzfähigkeit verlor¹.

Diese Entwicklung führte nun zu ersten Versuchen, das Arbeitsrecht, zunächst insbesondere das Arbeitnehmer-schutzrecht, in möglichst vielen Staaten im Wege internationaler Zusammenarbeit einander anzugleichen².

1 Hueck-Nipperdey, S. 104; Schregle, S. 201

2 Vgl. Fried, S. 10, Fußnote 5 m.w.N.; Schregle, S. 51

So wurde bereits 1818 durch den Engländer Robert Owen in einem Memorandum an die Konferenz der europäischen Mächte in Aachen eine internationale Regelung des Arbeitnehmerschutzrechts gefordert, die allerdings bei den teilnehmenden Regierungen auf wenig Verständnis stieß¹.

2. Die zunehmende Industrialisierung einerseits und die stärker werdende Verflechtung der europäischen Staaten andererseits brachte einen immer stärker werdenden Arbeitskräfteaustausch mit sich. Ausgehend von der durch die Französische Revolution ausgelösten Freiheitsbewegung des liberalen 19. Jahrhunderts entwickelte sich als ein Grundprinzip die Gleichsetzung innerstaatlicher und zwischenstaatlicher Freizügigkeit sowohl im damaligen Deutschen Reich als auch in den anderen Industrieländern Europas², das die Versagung der Aus- und Einreise zur freien Niederlassung auf dem Gebiet fremder Staaten zur Ausnahme machte³. So bestimmte das Paßgesetz des Norddeutschen Bundes vom 12.10.1867⁴ in § 1, daß Bundesangehörige zum Ausgang aus dem Bundesgebiet und zur Rückkehr in dasselbe sowie zum Aufenthalt und zum Reisen innerhalb desselben kein Reisepapier benötigen. Nach § 2 war der Ausländer dem Bundesangehörigen gleichgestellt.

Diese Paß- und Sichtvermerksfreiheit hatte zunächst zur Folge, daß die Arbeitnehmer jedes europäischen Landes volle Freizügigkeit im damaligen Norddeutschen Bund und seit 1871 im Deutschen Reich besaßen und ohne Paß ungehindert einreisen konnten, um sich ohne behördliche Genehmigung einen beliebigen Arbeitsplatz zu suchen⁵.

1 Vgl. Nikisch, Bd. 1, S. 84

2 Schiefer, S. 2

3 Scheuner, S. 208

4 BGBl. 1867/33

5 Schiefer, S. 2

Zwischen Fremdarbeitsrecht und innerstaatlichem Arbeitsrecht gab es kaum Unterschiede. Im deutschen Reichsgebiet waren ausländische Arbeitnehmer im öffentlichen wie auch im privaten Recht den inländischen Arbeitnehmern gleichgestellt. Soweit Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Normen des Arbeitsvertrages deutscher Arbeitnehmer bestimmten, galten sie auch für Ausländer ¹.

3. Ende der 80er Jahre und zu Anfang der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts verstärkten sich jedoch immer mehr die Bestrebungen, Einreise und Aufenthalt insbesondere von polnischen Arbeitnehmern zu erschweren oder sogar aus "nationalen Erwägungen" ² ganz zu unterbinden. Es wurden Aufenthaltsverbote und Massenausweisungen verhängt ³. Der große Bedarf an ausländischen Arbeitskräften ließ allerdings einen umfassenden Zuwanderungsstopp nicht zu. Es wurden allerdings verschiedene Maßnahmen getroffen, die eine nicht unerhebliche Benachteiligung bewirkten: Das Seßhaftwerden sollte durch eine sogenannte Karenzzeit verhindert werden ⁴; immer wieder wurde versucht, die Beschäftigung von Ausländern durch Polizeiverordnungen genehmigungspflichtig zu machen ⁵; der Zuzug von Ausländern wurde unter den Vorbehalt gestellt, daß Gründe der Arbeitsmarktlage dies zwingend erforderlich machen ⁶.

4. Insgesamt kann man feststellen, daß im Deutschen Reich vor 1914 die Freizügigkeit faktisch geringer war, als

1 Staatssekretär Delbrück am 18.5.1912 im Reichstag, Bericht der 65. Sitzung, S. 210

2 Knocke, S. 41

3 Stinn, S. 35

4 Stinn, S. 30

5 Schiefer, S. 241

6 Bongen, S. 19

man das etwa nach dem Paßgesetz annehmen könnte ¹. Es wurden jedoch auch schon Stimmen gegen diese "Prohibitivmaßnahmen" laut: So forderte der Internationale Sozialistische Arbeiterkongreß im Jahre 1907 die Abschaffung aller die Ausländer diskriminierenden Bestimmungen ². In der Wissenschaft wurde sogar die Frage diskutiert, ob und in welchem Umfang eine völkerrechtliche Verpflichtung der Staaten bestehe, fremden Staatsangehörigen Einreise und Aufenthalt zu ermöglichen ³. Die Vertreter der Lehre von der "Zwischenabhängigkeit der Mitglieder der Völkergemeinschaft" bejahten die Pflicht eines jeden Staates, auch ohne besondere Abkommen diese Möglichkeit zu eröffnen und räumte ihnen nur das Recht ein, die Freizügigkeit in Einzelfällen aus Gründen der Gefahrenabwehr zu beschränken ⁴.

II. Die Entwicklung bis zum Jahre 1939

In der Zeit nach dem 1. Weltkrieg gab es in den europäischen Ländern kaum noch Versuche, die auf eine Erweiterung der Freizügigkeit hinzielten. Zwar wurde im Rahmen der Verhandlungen über die Friedensverträge in Versailles die "Internationale Arbeitsorganisation" (IAO) geschaffen, die sich besonders mit der internationalen Arbeitsschutzgesetzgebung befassen sollte, um eine weltweite Verbesserung der bestehenden Arbeitsbedingungen zu erreichen ⁵. Die Bemühungen um eine größere internationale Freizügigkeit waren jedoch wenig erfolgreich ⁶. Einen indirekten Beitrag leistete die

¹ Bongen, S. 19

² Internationaler Sozialistischer Arbeiterkongreß Stuttgart 1907, Pkt. I 3 der Resolution

³ Franz, S. 797, 798 m.w.N.

⁴ Bluntschli, Art. 381 ff.

⁵ Vgl. Hueck-Nipperdey, Bd. 1, S. 104

⁶ Driver, S. 174

IAO durch die Initiierung von Übereinkommen über die soziale Sicherheit der aufgrund bilateraler Abkommen angeworbener oder individuell eingereister Wanderarbeiter ¹ sowie durch die Förderung des Abschlusses von Anwerbungsabkommen.

In Deutschland schränkte man die Beschäftigung von Ausländern von 1921 an immer stärker ein ².

So wurden etwa mit einigen Ländern Abkommen geschlossen, die den Zuzug von Arbeitnehmern nur in bestimmten Kontingenten vorsahen, um den Schwankungen des Arbeitsmarktes Rechnung tragen zu können ³. Von 1928 an wurden Arbeitsgenehmigungen überhaupt nicht mehr erteilt.

Auch in den übrigen europäischen Staaten traten neben Paß- und Visumszwang administrative Maßnahmen, die eine zunehmende Reglementierung des Arbeitsmarktes zur Folge hatten ⁴.

III. Die Entwicklung nach 1945 bis zum EWG-Vertrag

Wirtschaftspolitische Notwendigkeiten führten bald nach dem Ende des 2. Weltkrieges zu einer immer enger werdenden Zusammenarbeit der europäischen Staaten auf wirtschaftlichem Gebiet. Es wurde eine Reihe von völkerrechtlichen Vereinbarungen geschlossen, von denen einige im folgenden kurz erläutert werden sollen. Ein weiterer Abschnitt wird anschließend die Niederlassungsverträge mit Meistbegünstigungsklauseln behandeln, da die meisten dieser Verträge nach 1945 abgeschlossen wurden.

1 Vgl. etwa das IAO-Übereinkommen Nr. 19 über die Gleichbehandlung einheimischer und ausländischer Arbeitnehmer in der Entschädigung bei Betriebsunfällen von 1925, Bundesarbeitsblatt 1951, S. 405

2 Vgl. etwa die Erlasse des Reichsjustizministers, Min.B1. vom 2.5.1921; 8.9.1921; 2.7.1924; 7.1.1927

3 Stirn, S. 38

4 Bongen, S. 21

1. Der Gründungsvertrag der Organisation für europäische wirtschaftliche Zusammenarbeit (OEEC) ¹

Als erste europäische Wirtschaftsorganisation nach Beendigung des 2. Weltkriegs war die OEEC im Rahmen ihrer Wirtschaftspolitik bemüht, ein umfangreiches Liberalisierungsprogramm für den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr innerhalb ihrer Mitgliedstaaten aufzustellen. So sieht Art. 8 OEECV vor, daß jeder Mitgliedstaat auf die Arbeitskräfte eines anderen dann zurückgreifen kann, wenn in seinem eigenen Lande die Vollbeschäftigung erreicht worden ist. Nach dem Beschluß des Europäischen Wirtschaftsrates ² zur Regelung der Beschäftigung von Angehörigen der Mitgliedstaaten vom 30.10.1953 ³ verpflichten sich die Mitgliedstaaten nach Erreichung der Vollbeschäftigung Erlaubnisse zur Arbeitsaufnahme von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten nicht zu verweigern ⁴. Die nationalen Bestimmungen über Zulassung und Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer werden zwar dadurch nicht außer Kraft gesetzt, die Staaten sind aber verpflichtet, Genehmigungen für die Arbeitsaufnahme von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten der Staatengemeinschaft zu erteilen, sofern keine besonderen, ebenfalls international festgestellten Ausnahmetatbestände vorliegen ⁵.

Ob dieser Beschluß zu einer Arbeitsmarktiliberalisierung geführt hat, ist letztlich kaum zu beurteilen.

1 Vom 16.4.1948

2 Europäischer Wirtschaftsrat sowie Exekutivausschuß und Sekretariat bilden die Organe der OECD.

3 BundAnz., 17.4.1957, Nr. 75, S. 2, endgültige Fassung vom 27.2.1957

4 Vgl. insb. Abschn. 1 a, b, c des Beschlusses

5 Vgl. Schnorr, S. 255

Die in den folgenden Jahren zwischen den Mitgliedstaaten abgeschlossenen zahlreichen bilateralen Gastarbeitsverträge¹ und Anwerbungsvereinbarungen² haben zu großen Wanderungen von Arbeitnehmern, insbesondere aus dem Süden Europas, geführt. Der OECD als Nachfolgeorganisation der OEEC ist es wohl nicht gelungen, durch entsprechende Maßnahmen wesentliche Fortschritte im Hinblick auf die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu erreichen.

2. Das Europäische Niederlassungsabkommen (ENA)³

Das ENA weist eine gewisse Ähnlichkeit mit den in Abschnitt 3 ausführlicher behandelten Niederlassungsverträgen auf. Die Angehörigen der jeweiligen Vertragsstaaten sollen gegenüber Ausländern anderer Staatsangehörigkeit insbesondere in aufenthaltsrechtlicher Sicht privilegiert werden. So ist etwa die Entfernung aus dem Hoheitsgebiet nur noch in eingeschränktem Maße möglich. Wie sich aus Abschnitt III Buchstabe c) des Protokolls zum Abkommen⁴ ergibt, haben sich die Mitgliedstaaten verpflichtet, das Recht der Ausweisung nach Art. 3 nur in Einzelfällen auszuüben und von diesem Recht rücksichtsvoll Gebrauch zu machen, wobei insbesondere die familiären Bindungen und die Dauer des Aufenthalts des Betroffenen bei der Entscheidung zu berücksichtigen sind.

1 Seitens der Bundesrepublik Deutschland z.B. mit Belgien, 18.1.1952, BArbBl. 1952, Nr. 13, S. 537; mit Italien, 15.6.1953, BArbBl. 1953, Nr. 14, S. 414; mit Luxemburg, 4.12.1957, BArbBl. 1960, Nr. 21, S. 669

2 U.a. mit Spanien, BundAnz. 1961, Nr. 219; mit Portugal, BundAnz. 1964, Nr. 104; mit Griechenland, BundAnz. 1961, Nr. 125; 1962, Nr. 180; mit der Türkei (RdSchr. d. BMI vom 12.12.1961 I B 3-133833-485 I/61 in GMBI. 1962, S. 10)

3 Vom 13.12.1955, BGBl. 1959 II, S. 997 und 1965 II, S. 1009

4 Die Protokolle sind Bestandteil des Abkommens, vgl. dort Art. 32

Mit Recht stellt Bongen ¹ jedoch fest, daß die Auswirkungen des ENA gering geblieben sind. Jeder Staat konnte bei Unterzeichnung des Vertrages und bei Hinterlegung der Ratifikationsurkunden Vorbehalte zu bestimmten Vertragsregelungen anmelden, soweit widersprechende Bestimmungen innerstaatlichen Rechts es erforderlich machten ².

Darüber hinaus steht beispielsweise die Verpflichtung zur Erleichterung eines längeren oder dauernden Aufenthalts von Angehörigen anderer Unterzeichnerstaaten unter dem Vorbehalt, daß die "wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse" dies gestatten ³. Jedem Staat ist es dabei selbst überlassen festzulegen, was darunter zu verstehen ist. Das gilt auch für die Gründe der "öffentlichen Ordnung, der Sicherheit, der Volksgesundheit oder der Sittlichkeit", die ebenfalls Ausnahmen rechtfertigen können ⁴. In den Protokollen wird weiterhin ausdrücklich festgestellt, daß dieser Begriff "in dem weiten Sinne, in dem er im allgemeinen in den kontinentalen Ländern" verstanden wird, zu interpretieren sei ⁵.

3. Der Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS)

Die im EGKS angestrebte und mittlerweile verwirklichte Freizügigkeit für die Arbeitnehmer aus den Signatarstaaten galt nur für einen genau begrenzten Personenkreis und war nicht eines der vom Vertrag angestrebten Ziele ⁶. Vielmehr sollten die Voraussetzungen geschaf-

¹ Bongen, S. 23

² Vgl. Art. 26 Abschnitt VII, Art. 32 des Protokolls zu Art. 26

³ Art. 2 ENA

⁴ In Art. 1 des Vertrages betreffend die Einreisemöglichkeit, in Art. 3 die Ausweisung

⁵ Abschnitt III, Buchstabe a des Protokolls zu Art. 1, 2 und 3 des Vertrages

⁶ Vgl. Art. 2 und Art. 4 EGKS

fen werden, um eine möglichst rationelle Produktion von Kohle und Stahl zu gewährleisten ¹.

Daher bestimmte Art. 69 EGKSV in Absatz 1:

"Die Mitgliedstaaten verpflichten sich, jede auf die Staatsangehörigkeit gegründete Beschränkung hinsichtlich der Beschäftigung anerkannter Kohle- und Stahlfacharbeiter, die Staatsangehörige eines Mitgliedstaates sind, in der Kohle- und Stahlindustrie zu beseitigen, vorbehaltlich der Beschränkungen, die sich aus den grundlegenden Erfordernissen der Gesundheit und der öffentlichen Ordnung ergeben."

In dieser Vorschrift lediglich ein Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu sehen ², ist wohl nicht zutreffend. Vielmehr erfordert Art. 69 Abs. 1 vorbehaltlos die Herstellung der Freizügigkeit, wenn auch die zahlenmäßigen Auswirkungen durch die Beschränkungen auf anerkannte Kohle- und Stahlfacharbeiter relativ begrenzt blieben ³.

1 Driver, S. 181

2 Bongen, S. 26

3 Driver, S. 182

IV. Niederlassungsverträge mit Wohlwollens- und Meistbegünstigungsklauseln

Durch die mit einer Reihe von Staaten ¹ geschlossenen Niederlassungsabkommen sollen die Angehörigen des jeweiligen Vertragspartners gegenüber Ausländern anderer Staatsangehörigkeit privilegiert werden. Einreise und wirtschaftliche Betätigung im Gastland werden erleichtert, die Ausweisung eingeschränkt.

¹ Dominikanische Republik, Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrag vom 23.12.1957 (BGBl. 1959 II, 1468); Griechenland, Niederlassungs- und Schiffahrtsvertrag vom 18. März 1960 (BGBl. 1962 II, 1505); Iran, Niederlassungsabkommen vom 17.2.1929 (RGBl. 1930 II, 1002); Japan, Handels- und Schiffahrtsvertrag vom 20.7.1927 (RGBl. 1927 II, 1087); Philippinen, Übereinkunft über Einwanderungs- und Visafragen vom 3.3.1964 (BundAnz 1964 Nr. 89); Spanien, Niederlassungsvertrag vom 23.4.1970 (BGBl. II 1972, 1041); Sri Lanka, Protokoll über den Handel betreffende allgemeine Fragen vom 22.11.1952 (BGBl. 1955 II, 189); Thailand, Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrag vom 30.12.1937 (RGBl. 1938 II, 51); Vereinigte Staaten von Amerika, Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrag vom 29.10.1954 (BGBl. 1956 II, 487); Indonesien, Handelsabkommen vom 22.4.1953 nebst Briefwechsel (BundAnz 1953 Nr. 163); Briefe Nr. 7 und 8. Die Meistbegünstigung bezieht sich nur auf Aktivitäten, deren Zweck die Förderung des Handels zwischen den Vertragsstaaten ist;

Schweden, Europäisches Niederlassungsabkommen vom 13.12.1955; (BGBl. 1959 II, 997). Gemäß Notenwechsel zwischen der Bundesrepublik und Schweden wird die Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke einer selbständigen Erwerbstätigkeit ohne wirtschaftliche oder gewerbliche Prüfungen erteilt, wenn sich der Ausländer seit einem Jahr rechtmäßig in der Bundesrepublik Deutschland aufhält;

Norwegen, Europäisches Niederlassungsabkommen (wie zuvor);

Belgien, Dänemark, Groß-Britannien, Irland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Signatarstaaten des Europäischen Niederlassungsabkommens; jedoch gilt hier der Vorrang des günstigeren EG-Rechts.

In diesen Abkommen lediglich "Zeichen fehlender allgemeiner Freizügigkeit" ¹ zu sehen, ist allerdings ein Blick vom falschen Standpunkt. Betrachtet man die Daten der jeweiligen Vertragsschlüsse vor dem historischen Hintergrund, so sind die Verträge vielmehr als ein Teil des Bemühens um die Erweiterung und Vertiefung wirtschaftlicher und politischer Bindungen zwischen den Vertragsstaaten zu werten. Die Herstellung allgemeiner Freizügigkeit ², auch im EWG-Bereich, wird wohl niemand mehr mit ernst zu nehmenden Gründen fordern können.

Die aufenthaltsrechtlichen Auswirkungen von Meistbegünstigungsklauseln ³ waren lange Zeit umstritten.

1 Bongen, S. 22

2 S. u., S. 113 ff.

3 Exemplarisch sei die Meistbegünstigungsklausel des deutsch-iranischen Niederlassungsabkommens (s.o. Rdn 1, S. 11) zitiert:

Art. 1 Abs. 1: Die Angehörigen des einen vertragsschließenden Staates werden in dem Gebiete des anderen Staates hinsichtlich ihrer Person und ihrer Güter nach den Grundsätzen und der Übung des allgemeinen Völkerrechts aufgenommen und behandelt. Sie genießen dort den ständigen Schutz der Landesgesetze und -behörden für ihre Person und für ihre Güter, Rechte und Interessen. Sie können unter der Bedingung, daß und solange sie die auf diesem Gebiet geltenden Gesetze und Verordnungen beachten, das Gebiet des anderen vertragsschließenden Staates betreten und verlassen, dort reisen, sich dort aufhalten und niederlassen.

Abs. 2: In allen diesen Angelegenheiten genießen sie eine Behandlung, die nicht weniger günstig ist als die den Angehörigen des meistbegünstigten Staates gewährte Behandlung.

Obwohl seit den Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.9.1979 ¹ die grundlegenden Rechtsfragen geklärt sind, ergeben sich bei der Anwendung der Verträge im Einzelfall immer noch Schwierigkeiten. Insbesondere wird hier nicht selten ein grundlegender Unterschied zum EG-Recht verkannt: Aus den Niederlassungsverträgen ergibt sich ausnahmslos kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis. Vielmehr bleibt das innerstaatliche Aufenthaltsrecht unter Berücksichtigung des Vertragszwecks anwendbar. Zwar sind Einreise und Aufenthalt des begünstigten Ausländers zu erleichtern und das behördliche Ermessen dahin wohlwollend auszulegen, daß eine grundsätzlich ablehnende Einstellung gegenüber Anträgen auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis vertragswidrig wäre, jedoch ist diese Rechtspflicht so allgemein gehalten, daß sie einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht begründen kann ². Bongen ³ vertritt in diesem Zusammenhang die Auffassung, daß die Zulassung der Staatsangehörigen des jeweiligen Vertragspartners immer unter dem ausdrücklich hervorgehobenen Vorbehalt des nationalen "ordre public" stehe und die Entscheidung darüber, wann Gründe derselben vorliegen, allein dem Aufnahmeland vorbehalten sei.

Deshalb sei es nicht verwunderlich, wenn von Einschränkungen bei der Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen in weitestem Umfang Gebrauch gemacht würde,

¹ Zum deutsch-griechischen Niederlassungsvertrag:
1 C 33.74, 1 C 41.75; 1 C 30.76; 1 C 28.77, siehe
auch DÜV 79, 374;
zum deutsch-spanischen Niederlassungsvertrag:
1 C 22.76; 1 C 29.77, siehe auch VRspr. 30, 586;
1 C 32.77

² BVerwG, Urteil vom 12.12.1980, - 1 C 70.78 -, S. 10

³ Bongen, S. 22

so daß faktisch kaum ein Unterschied gegenüber der Rechtslage nach den allgemein geltenden ausländerrechtlichen Regelungen zu verzeichnen sei.

Dem kann nicht zugestimmt werden. In den vorgenannten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts¹ wird ausdrücklich betont, daß auch bereits bei der Entscheidung über einen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis das der Ausländerbehörde im Rahmen des § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG zustehende Ermessen durch die Meistbegünstigungsklausel eingeschränkt ist². Die Ausländerbehörden müssen sich bei der Entscheidung über einen solchen Antrag davon leiten lassen, daß die Staatsangehörigen der Vertragsstaaten gegenüber den anderen Ausländern zu begünstigen sind. Selbst wenn absehbar ist, daß die während des Aufenthalts beabsichtigte Tätigkeit zu einer Verfestigung des Aufenthalts und damit quasi zu einer Einwanderung führt, ist dies nicht grundsätzlich als unerwünscht zu verhindern. Dieser Gesichtspunkt ist insofern erheblich, als die "Belange der Bundesrepublik Deutschland" zwar auch einwanderungspolitische Interessen umfassen; jedoch beeinträchtigt nicht jeder auf Dauer gerichtete Aufenthalt solche Belange und ist deswegen zu verhindern. Vielmehr ist der Aufenthalt auch in diesen Fällen wohlwollend zu ermöglichen³.

¹ S. o., S. 13, Rdn. 1

² Einige Niederlassungsabkommen enthalten keine Meistbegünstigungs-, sondern eine Wohlwollensklausel, die in dem hier in Rede stehenden Zusammenhang keine anderen Rechtsfolgen hat.

³ BVerwG, Urteil vom 12.12.1980, 1 C 70.78, S. 10; BVerwG 1 C 29.77, VRspr. 30.586; in seinem Urteil vom 29.4.1971 - 1 C 7.69 - (NJW 71, 2141, 2142) hatte das Bundesverwaltungsgericht bzgl. der Auslegung des Art. 1 Abs. 2 des deutsch-iranischen Niederlassungsabkommens noch entschieden, daß der Schutz durch die Meistbegünstigungsklausel nicht eingreift, wenn der Antragsteller als Einwanderer anzusehen ist.

Die Praxis der Ausländerbehörden dürfte Bongen nicht bekannt gewesen sein. Die nachstehend im Überblick dargestellten Verfahrensweisen widerlegen seine Auffassung, daß faktisch kaum ein Unterschied zwischen allgemein geltenden, ausländerrechtlichen Regelungen besteht.

- 1) Bei der Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit wird auf entsprechenden Antrag in der Regel für den Bereich der beabsichtigten Tätigkeit von einschränkenden Auflagen abgesehen, wenn sich der Ausländer seit mindestens acht Jahren ununterbrochen im Bundesgebiet aufhält. Dabei ist es unerheblich, ob der Ausländer bisher eine befristete oder unbefristete Aufenthaltserlaubnis besaß. Auch wenn der Ausländer vor Ablauf eines achtjährigen rechtmäßigen Aufenthaltes im Bundesgebiet eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben will, werden die persönlichen Interessen des Ausländers an die Erwerbstätigkeit im Sinne einer wohlwollenden Ermessensausübung positiv gewürdigt.
- 2) Wird dem Ausländer eine Aufenthaltsberechtigung gem. § 8 AuslG erteilt, ist diese generell nicht mit Auflagen versehen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit beschränken oder untersagen.

§ 2 DIE VERWIRKLICHUNG DER FREIZÜGIGKEIT IN DER EWG

I. Vorbemerkung

1. Der Gleichbehandlungsgrundsatz

a) Die nachfolgend beschriebene Verwirklichung der Freizügigkeit in der EWG gibt Anlaß, vorab auf einen Wandel im Abbau der Ausländerdiskriminierung hinzuweisen, der sich durch die Gründung der EG und insbesondere durch die Regelungen hinsichtlich der Ausgestaltung der Freizügigkeit vollzogen hat ¹.

Jener Wandel betrifft den Umfang der Gleichbehandlung des Ausländers, vor allem aber die Struktur seiner Rechtsstellung, die sich von derjenigen, die er durch eine Liberalisierungspolitik auf völkerrechtlicher Basis erlangen kann, grundlegend unterscheidet. Letztere ist dadurch gekennzeichnet, daß die Staaten, sei es durch bi- oder multilaterale Abkommen oder durch bindende Entscheidungen der Organe internationaler Organisationen zum Abbau bestehender Ausländerdiskriminierung angehalten werden ². Der einzelne Bürger wird dadurch in aller Regel erst dann berührt, wenn ein innerstaatlicher Ausführungsakt ergangen ist.

Die Freizügigkeitsregelungen hingegen greifen einschneidend in die Souveränität der Mitgliedstaaten ein ³.

Die Gleichstellung des Arbeitnehmers beruht nun auf einer übergreifenden, die nationalen Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsorgane unmittelbar bindenden Rechtsordnung.

¹ Vgl. Grabitz, S. 21; Bülow, S. 85 ff.

² Grabitz, ebenda

³ Bode, S. 124

b) Nach Art. 48 Abs. 2 EWGV schließt die Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft eine Gleichbehandlung des Arbeitnehmers aus anderen Mitgliedstaaten mit den Arbeitnehmern des Aufnahmestaates in bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und den sonstigen Arbeitsbedingungen ein.

Diese Vorschrift geht als "lex specialis" dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 7 EWGV ¹ vor.

Erwähnenswert ist hier, daß der französische Vertragstext ² in Art. 48 Abs. 2 EWGV das Wort "discrimination" verwendet und damit die Formulierung schärfer akzentuiert. Art. 7 und 36 EWGV sprechen auch in der deutschen Fassung von "Diskriminierung".³ Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund in Art. 48 Abs. 2 der deutschen Fassung eine andere Ausdrucksweise verwendet wurde.

Als Adressaten des Diskriminierungsverbots⁴ sind an erster Stelle die Mitgliedstaaten selbst zu nennen, die alles zu unterlassen haben, was ihren eigenen Bürgern eine Vorrangstellung auf dem Arbeitsmarkt einräumen könnte. Dies bedeutet, daß alle gesetzlichen, verwaltungstechnischen und praktischen Hindernisse, die der Gleichstellung entgegenstehen, abzuschaffen sind⁵. Die Frage, ob Art. 48 Abs. 2 EWGV auch Wirkung gegenüber privaten Rechtssubjekten hat, wird durch Art. 7 Abs. 4 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 im Bereich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer eindeutig im bejahenden Sinne beantwortet.

1 Groeben, Boeckh, Thiesing, Bd. 1, S. 407; Nelhans, S. 68; Charalambis, S. 40; Ipsen, S. 594

2 S. Journal officiel, Nr. 1095 - II, 1982, S. 147, Art. 2

3 Zur Definition des Begriffes s. Feige, S. 12 ff.

4 Vgl. Winkel, S. 1060

5 Zu den Anforderungen hinsichtlich der Sprachkenntnisse s. Lässig, S. 77

2. Art. 48 Abs. 3 des EWGV

Durch Art. 48 Abs. 3 EWGV¹ wird der Endzustand der Freizügigkeit, wie sie bis zum Ende einer Übergangszeit² verwirklicht sein mußte, beschrieben. Gemäß Art. 8 EWGV wurde diese Übergangszeit in drei Perioden von je vier Jahren eingeteilt, wobei sie bis auf 15 Jahre hätte verlängert werden können, wenn die vorgegebenen Ziele in den einzelnen Staaten nicht verwirklicht worden wären. Die angestrebten Regelungen wurden jedoch noch vor Ablauf der Frist erreicht³.

Die einzelnen Schritte zur Konkretisierung der Freizügigkeit werden nachfolgend im Überblick beschrieben.

1 Art. 48 (Freizügigkeit der Arbeitnehmer)

(1) Spätestens bis zum Ende der Übergangszeit wird innerhalb der Gemeinschaft die Freizügigkeit der Arbeitnehmer hergestellt.

(2) Sie umfaßt die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen.

(3) Sie gibt - vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen - den Arbeitnehmern das Recht,

a) sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben;
b) sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen;

c) sich in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, um dort nach den für die Arbeitnehmer dieses Staates geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften eine Beschäftigung auszuüben;

d) nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates unter Bedingungen zu verbleiben, welche die Kommission in Durchführungsverordnungen festlegt.

(4) Dieser Artikel findet keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung

2 Zum 31.12.1969

3 Mit der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 vom 15.10.1968

II. Die Verordnung (EWG) Nr. 15/61

Die erste Etappe der Freizügigkeit wurde mit der Verordnung Nr. 15/61 eingeleitet ¹. Ergänzend dazu wurde die Richtlinie 1513/61 erlassen ², die die Verwaltungsverfahren für die Aufnahme, die Beschäftigung und den Aufenthalt der Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen regelte.

Die Verordnung Nr. 15/61 hatte nur eine begrenzte Freizügigkeit zum Ziel. Gemäß Art. 1 war diese nur dann gegeben, "wenn für die offene Stelle auf dem Arbeitsmarkt des betreffenden Mitgliedstaates keine geeignete Arbeitskraft verfügbar ist". Die Staatsangehörigen des Arbeitslandes und auch Arbeitnehmer aus Drittländern hatten demnach eine Vorrangstellung vor denen der anderen Mitgliedstaaten. Von der Vorrangstellung ließ jedoch Art. 2 bereits einige wichtige Ausnahmen zu.

Gemäß dieser Bestimmung sollte z.B. Arbeitnehmern aus Mitgliedstaaten, für welche ein Arbeitgeber bei den zuständigen Arbeitsmarktbehörden ein persönliches Stellenangebot abgegeben hatte, die Arbeitsgenehmigung erteilt werden unter der Voraussetzung, daß das Angebot aus beruflichen Motiven gemacht worden war, welchen die Spezialisierung, der Vertrauenscharakter der angebotenen Stelle oder frühere berufliche Bindungen zugrunde lagen. Auch verwandtschaftliche Beziehungen ließen Ausnahmen zu.

1 AB1. EG 1961, 1703; BGB1. 1961, S. 1610

2 AB1. EG 1961, 1513

Die Bewerbung um eine tatsächlich angebotene Arbeit stand gemäß Art. 5 jedem Angehörigen eines Mitgliedsstaates frei, wie dies schon im Art. 48 des EWG-Vertrages vorgesehen war. Hierzu wurde ihm die freie Ausreise aus dem Heimatstaat gewährleistet. Das Ausreiserecht durfte indessen bei ernststen Schwierigkeiten zur Wahrnehmung lebenswichtiger Interessen des Heimatstaates beschränkt werden. Auch das Einreiserecht konnte Beschränkungen unterliegen. Diese durften aber nicht aus wirtschaftlichen Gründen angeordnet werden.

Gemäß Art. 4 der Richtlinie Nr. 1513/61 war dem Arbeitnehmer eine Arbeitserlaubnis zu erteilen. Sie durfte nur für das erste Jahr auf einen bestimmten Arbeitgeber beschränkt werden. Dem Arbeitnehmer, dem die Arbeitserlaubnis erteilt worden war, mußte gemäß Art. 5 der Richtlinie die Aufenthaltserlaubnis gewährt werden.

Der Arbeitnehmer hatte gemäß Art. 3 der Richtlinie Nr. 1513/61 das Recht auf freie Einreise bei Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Heimatpasses. Der Sichtvermerk durfte nicht mehr verlangt werden. Diese Bestimmungen galten auch für die Familienangehörigen des Arbeitnehmers.

III. Die Verordnung (EWG) Nr. 38/64

Die zweite Etappe auf dem Wege zur vollen Freizügigkeit der Arbeitnehmer wurde schon nach zwei Jahren erreicht. Gemäß Art. 52 der Verordnung Nr. 15/61 hatte der Rat die Kommission beauftragt, schon binnen eines Jahres nach dem Inkrafttreten der Verordnung einen Vorschlag zur Festlegung der Liberalisierungsmaßnahmen für einen zweiten Abschnitt vorzulegen. Der Rat

nahm daher am 25. März 1964 eine neue Verordnung über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft an (Nr. 38/64) ¹ und erließ die Richtlinie Nr. 64/240 ² vom gleichen Tage zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten und ihrer Familienangehörigen innerhalb der Gemeinschaft.

Die neuen Bestimmungen stellten einen bedeutenden Fortschritt im Vergleich zu den früheren Bestimmungen dar. Die Vorrangstellung der einheimischen Arbeitnehmer war nunmehr im Prinzip durch eine Gleichstellung zwischen sämtlichen Arbeitnehmern der Mitgliedstaaten ersetzt worden. Gemäß Art. 1 konnte jeder Gemeinschaftsbürger eine öffentlich angebotene Stelle in einem Mitgliedstaat annehmen. Ausnahmen von dieser Freizügigkeit ließ Art. 2 nur etwa bei einem Überangebot an Arbeitskräften in einem bestimmten Gebiet oder in einem bestimmten Beruf zu.

Von diesen Ausnahmebestimmungen waren gewisse Arbeitnehmerkategorien nicht berührt, wie Grenzarbeiter (Art. 3), Facharbeiter oder Arbeiter in Vertrauensstellungen (Art. 4) sowie Arbeiter, die

- ein persönliches Stellenangebot erhalten hatten
- wegen ihrer Eigenschaft als Spezialisten bevorzugt wurden (Art. 5).

Es ist zu beachten, daß in der Verordnung Nr. 38/64 genauso wie in der Verordnung Nr. 15/61 die Freizügigkeit sich grundsätzlich immer noch auf "tatsächlich angebotene Stellen" (Art. 48 Abs. 3 Zi. a) des EWGV) beschränkte. In den Verordnungen wurde dies mit "offene

¹ ABl. EG 1964, 981

² ABl. EG 1964, 965

Stellen auf dem regulären Arbeitsmarkt" (Verordnung Nr. 15/61) oder "dem zuständigen Arbeitsmarkt als offene Stelle bekanntgegebene Beschäftigung" (Verordnung Nr. 38/64) bezeichnet.

Arbeitnehmer, die ein Recht auf Anstellung hatten, erhielten eine Arbeitserlaubnis, die ihrerseits zu einer Aufenthaltserlaubnis in dem Mitgliedstaat berechnete. Die gleichen Aufenthaltsrechte wie den Arbeitnehmern wurden auch deren Familienangehörigen gewährt. Zur Einreise in das Gebiet des Mitgliedstaates bedurfte es weiterhin eines Passes oder Personalausweises. Der Visazwang blieb für die Familienmitglieder des Arbeitnehmers bestehen, die nicht Staatsangehörige eines Mitgliedstaates waren.

IV. Die Herstellung der vollen Freizügigkeit durch die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68

Die volle Freizügigkeit der Arbeitnehmer wurde bereits vor Ablauf der 12-Jahresfrist durch die heute noch gültige Verordnung des Rates vom 15. Oktober 1968 (Nr. 1612/68) ¹ über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft eingeführt. Am gleichen Tage erging die Richtlinie des Rates

¹ ABl. EG L 257/2

(Nr. 68/360) ¹ zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten und ihrer Familienangehörigen innerhalb der Gemeinschaft. Die Vorverlegung der vollen Freizügigkeit wird in der Präambel der Verordnung Nr. 1612/68 damit begründet, daß "die beschleunigte Errichtung der Zollunion und damit die gleichzeitige Verwirklichung der wesentlichen Grundlagen der Gemeinschaft" erreicht werden soll. Es wird hierdurch erstmals klar zum Ausdruck gebracht, daß auch die Freizügigkeit eine wesentliche Grundlage der Gemeinschaft ist. Die Freizügigkeit ist "eines der Mittel" zur Verbesserung der Arbeits- und Lebensbedingungen der Arbeitnehmer, "wobei gleichzeitig der Bedarf der Wirtschaft der Mitgliedstaaten befriedigt wird". Die Freizügigkeit wird nunmehr als Ziel an sich genannt. Bisher war sie nur Mittel zum Zweck fortschreitender Wirtschaftsentwicklungen gewesen.

¹ AB L 257/13

Zweiter Teil: DIE GELTENDMACHUNG DER FREIZÜGIGKEIT

§ 1 EINFÜHRUNG

1. Das Recht auf Freizügigkeit nach Art. 48 EWGV können nur natürliche Personen in Anspruch nehmen, die Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der EG sind ¹. Die Bestimmung, ob eine Person die Nationalität eines bestimmten Staates besitzt, unterfällt in vollem Umfang allein der Kompetenz dieses Staates ².

2. Staatenlose Personen und Flüchtlinge sind von der Freizügigkeit ausgeschlossen. In der Erklärung des Rates vom 25. März 1964 wird besonders auf die Stellung dieser Personen hingewiesen. Es heißt darin, "daß die Lage der Flüchtlinge jedoch nicht im Rahmen der Artikel 48 und 49 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft geregelt werden kann" ³. In der Erklärung heißt es indessen weiter, daß man bestrebt sei, "der besonderen Lage der Flüchtlinge im Sinne der geltenden internationalen Übereinkünfte dennoch Rechnung zu tragen". Die erwähnte Erklärung hat im übrigen folgenden Wortlaut:

"... daß bei Flüchtlingen, die im Sinne des Abkommens von 1951 als solche anerkannt und im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats der Gemeinschaft ansässig sind, die Einreise in ihr Hoheitsgebiet zur Ausübung einer Tätigkeit im Lohn- und Gehaltsverhältnis besonders wohlwollend geprüft werden muß, besonders im Hinblick dar-

1 Vgl. auch § 1 AufenthG/EWG; Schweitzer/Hummer, S. 222

2 Makarov, S. 57; Menzel/Ipsen, S. 164

3 ABl. EG Nr. 78 vom 22.05.64. Der Wirtschafts- und Sozialausschuß der Europäischen Gemeinschaft hat sich jedoch bei zwei verschiedenen Gelegenheiten (auf den Tagungen am 25.03.64 und am 15. - 16.10.1967) dafür ausgesprochen, daß die Bestimmungen über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer auch auf staatenlose Personen und politische Flüchtlinge zur Anwendung kommen sollten, vgl. Nelhans, S. 73, Rdn. 29; vgl. auch Marx, S. 244

auf, daß diesen Flüchtlingen in ihrem Hoheitsgebiet eine möglichst günstige Behandlung gewährt wird."

Ergänzend sei darauf hingewiesen, daß in der Bundesrepublik Asylberechtigte gemäß § 2 Abs. I Ziff. 3 AEVO Anspruch auf Erteilung einer Arbeitserlaubnis haben.

3. Für britische Staatsangehörige gilt das AufenthG/EWG nur, wenn ihr Paß eine der folgenden Eintragungen enthält:

- a) "Holder has the right to abode in the United Kingdom"
- b) "Holder is defined as a United Kingdom National for Community purposes"
- c) "Certificate of Patriality" ¹.

4. Für die Bewohner der französischen Überseedepartements ², die die französische Staatsangehörigkeit besitzen, hat der französische Staatsrat am 15.10.1968 ³ entschieden, daß die Art. 48 und 49 EWGV sowie die zu ihren Ausführungen ergangenen Bestimmungen in vollem Umfang Anwendung finden. Dies hat zur Folge, daß etwa die Bewohner von Guadeloupe, Martinique, Guayana und Réunion im EG-Bereich uneingeschränkte Freizügigkeit genießen.

5. Der EWG-Vertrag legt es als selbstverständlich zugrunde, daß ein EG-Angehöriger sein Recht auf Freizügigkeit in einem Staat geltend macht, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt. Es stellt sich dennoch die Frage, ob dieses Recht auch gegenüber den Organen des eigenen Staates geltend gemacht werden kann, wenn diese durch entsprechende Maßnahmen die Bewegungsfreiheit in-

¹ Vgl. Kloesel-Christ, A 1, § 3, S. 19

² Vgl. Art. 72 - 76 der französischen Verfassung, in: Haensch/Lory, S. 239

³ Cereixe, S. 37; vgl. Art. 227 Abs. 2 EWGV; Deschamps, S. 53

nerhalb des Staatsgebietes einschränken.

Im Fall Saunders ¹ hatte sich der EuGH mit diesem Problem zu befassen. Es lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die britische Staatsangehörige Vera Ann Saunders hatte sich in einem Strafverfahren vor dem Crown Court Bristol für schuldig bekannt. Der Crown Court hat sie nicht verurteilt, sondern von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, einen sog. "binding-over-Beschluß" zu erlassen. Dabei wird die Verurteilung ausgesetzt und der überführte Straftäter verpflichtet sich statt dessen, sich bei gleichzeitiger Erfüllung bestimmter Auflagen zur Verfügung des Gerichts zu halten.

Im vorliegenden Fall beschloß der Crown Court am 21.12.1977, Fräulein Saunders habe "am oder nach dem 16.01.1978 zur Verurteilung zu erscheinen, es sei denn, sie begibt sich vor diesem Zeitpunkt nach Nordirland und reist während eines Zeitraumes von drei Jahren nicht nach England oder Wales ein".

Fräulein Saunders unterzeichnete eine diesbezügliche "recognizance"; die Aufenthaltsauflage entsprach einem von ihr selbst geäußerten Wunsch. Sie kam der übernommenen Verpflichtung jedoch nicht nach und wurde erneut vor den Crown Court Bristol gebracht. Das Gericht bekam Zweifel an der Vereinbarkeit seines "binding-over-Beschlusses" mit der Freizügigkeit des EWG-Vertrages, da es Fräulein Saunders insoweit als Arbeitnehmerin betrachtete.

In seiner Entscheidung äußert der EuGH keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Beschlusses des Crown Court. Er verweist auf den vom vorliegenden Fall nicht berührten Anwendungsbereich der Art. 7 und 48 EWGV, wonach jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist.

1 Urteil vom 28.03.1979, Rs 175/78, Entscheidungssammlung 1979, S. 1129 ff.

Diese Vorschriften zielten darauf ab, "aus den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten diejenigen Bestimmungen zu entfernen, die in bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen ... Arbeitnehmer, die Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaates sind, strenger behandeln oder sie gegenüber eigenen Staatsangehörigen, die sich in derselben Lage befinden, rechtlich oder tatsächlich benachteiligen".

Der Gerichtshof sieht jedoch in diesem Fall keine Anwendungsmöglichkeit dieses Grundsatzes, da die Bestimmungen nicht geeignet seien, die Befugnisse des Mitgliedstaates einzuschränken, im Geltungsbereich der innerstaatlichen Strafgesetze Beschränkungen der Freizügigkeit vorzunehmen. Es handle sich in einem solchen Fall lediglich um einen rein internen Sachverhalt, auch wenn die Mitgliedstaaten sich durch Art. 48 EWGV grundsätzlich veranlaßt sehen könnten, ihre Rechtsvorschriften sogar im Hinblick auf ihre eigenen Staatsangehörigen zu ändern.

Von Interesse ist, daß das Gericht nicht der von Generalanwalt Warner ¹ vertretenen Auffassung folgt. Danach kommt es nicht auf das Vorhandensein oder Fehlen eines Bezugs zum Gemeinschaftsrecht an. Maßgebend ist für ihn vielmehr, ob der fragliche "binding-over-Beschluß", durch den der Arbeitnehmer in seiner Freizügigkeit beschränkt wird, aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gerechtfertigt werden könne. Ansonsten sei er nicht mit Art. 48 EWGV vereinbar.

Nach dieser Auffassung ist der Anwendungsbereich des EWG-Vertrags offenbar schon immer dann berührt, wenn es sich um einen Arbeitnehmer handelt, der in seiner Freizügigkeit beschränkt wird. Ihr kann jedoch keinesfalls beigespflichtet werden. Wie Stein ² zutreffend ausführt,

1 Entscheidungssammlung 1979, S. 1144

2 Stein, EuGRZ 1979, S. 448

führt sie sich selbst ad absurdum, da konsequenterweise die Heranziehung von Arbeitnehmern zum Wehrdienst, die allein an die Staatsangehörigkeit anknüpft, als verbotene Diskriminierung angesehen werden müßte, weil während dieser Zeit weder die Beschäftigung noch der Aufenthaltort frei gewählt werden können und Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten im Inland ähnlichen Beschränkungen nicht unterliegen. Eine Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung wäre hier gänzlich unsinnig.

Zusammenfassend wird man feststellen müssen, daß die Auffassung des Gerichtshofs zutreffend ist. Anwendungsbereich des Vertrages im Sinne des Art. 7 Abs. 1 EWGV ist der grenzüberschreitende Personen-, Dienstleistungs-, Waren- und Kapitalverkehr¹, nicht die absolute Gleichstellung aller Gemeinschaftsbürger ohne Bezug zu einem dieser Bereiche. In der Regel wird dieser Bezug und damit eine Anwendungsvoraussetzung der Freizügigkeitsbestimmungen gegeben sein, wenn dem Arbeitnehmer eine "qualité de migrant"² zukommt. Ist ein inländischer Arbeitnehmer Betroffener von Beschränkungen, so müssen besondere Umstände den grenzüberschreitenden Bezug für seine Person begründen, um den EWG-Vertrag anwendbar zu machen, d.h. die Beschränkung muß mit einem in einem anderen Mitgliedstaat lokalisierten Ereignis verbunden sein³.

1 Stein, EuGRZ 1979, S. 449

2 Cerexhe, S. 33

3 Vgl. dazu die Urteile vom 07.02.1979, RS 115/78 (Knooks), EuGRZ 1979, 290 ff.; Rs 136/78 (Auer); EuGRZ 1979, 426 ff.; Bleckmann, S. 316

§ 2 DER BEGRIFF DES ARBEITNEHMERS

I. Vorbemerkung

Alle Angehörigen eines Mitgliedstaates der EG, die eine Beschäftigung als Arbeiter oder Angestellte oder zu ihrer Berufsausbildung ausüben oder ausüben wollen, können das ihnen vom EWG-Vertrag gewährte Recht auf Freizügigkeit geltend machen¹. In der folgenden Darstellung soll versucht werden, diesen Personenkreis näher zu bestimmen.

Eine Orientierung an nationalen Berufsbildbetrachtungen erscheint bereits auf den ersten Blick als wenig sinnvoll. Der EWG-Vertrag spricht in den Bestimmungen über das Niederlassungs- und das Dienstleistungsrecht nicht von "Berufen", sondern von "Tätigkeiten"². Mit dieser Formulierung wird der Tatsache Rechnung getragen, daß in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedliche Gegebenheiten bei der Bezeichnung bestimmter beruflicher Tätigkeiten herrschen. Es haben sich im Laufe der Zeit Berufsbilder entwickelt, die von Staat zu Staat unterschiedlich sind, was dennoch nicht ausschließt, daß in verschiedenen Staaten die gleiche Bezeichnung verwendet wird, während die damit verbundenen Tätigkeiten gänzlich voneinander differieren³. Die Mitgliedstaaten haben es deshalb vermieden, dem EWG-Vertrag einen gemeinsamen Berufsbegriff zugrunde zu legen⁴.

1 Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG/EWG

2 Lediglich in Art. 57 Abs. 3 EWGV ist von ärztlichen und vergleichbaren "Berufen" die Rede.

3 Stadler, S. 8

4 Stadler, S. 8, unter Hinweis auf Generalanwalt Mayras, in EuGH Rs 2/74

Art. 48 EWGV verwendet den Begriff des "Arbeitnehmers", um den Personenkreis zu bezeichnen, der von der Freizügigkeit Gebrauch machen kann. Es soll deshalb geklärt werden, ob dieser Begriff nach gemeinschaftsrechtlichen Kriterien zu bestimmen ist, oder ob es den Mitgliedstaaten vorbehalten bleiben kann, festzulegen, wer Arbeitnehmer ist und wer nicht.

Sodann sollen im Überblick Abgrenzungskriterien gegenüber anderen Lohnempfängern genannt werden, die nicht als Arbeitnehmer gelten, insbesondere bezüglich der selbständigen Erwerbstätigkeit und den Beschäftigten im Bereich der öffentlichen Verwaltung. Gerade der letztgenannte Bereich ist von besonderer Problematik im Hinblick darauf, daß die Mitgliedstaaten es wegen des Nationalstaatsvorbehalts des Art. 48 Abs. 4 EWGV in der Hand hätten, fast nach ihrem Belieben Betätigungen als zur öffentlichen Verwaltung gehörig zu bezeichnen, wenn nicht gemeinschaftsrechtliche Korrekturen möglich sind.

II. Die inhaltliche Konkretisierung anhand von Gemeinschaftsrecht

1. Die Rechtsprechung des EuGH zur Anwendung gemeinschaftsrechtlicher Normen

a) Unter der Überschrift "Die Arbeitskräfte" werden in Kapitel 1 des 3. Titels des EWG-Vertrages die maßgeblichen Vorschriften zur Herstellung der Freizügigkeit auf dem europäischen Arbeitsmarkt aufgeführt. "Arbeitskräfte" faßt als Oberbegriff alle Arbeitnehmer zusammen, über deren Rechtsstellung im Vertrag Regelungen getroffen werden. In Art. 48 EWGV wie auch in der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 wird von "Arbeitnehmern" gesprochen, ohne daß eine inhaltliche Konkretisierung des Begriffs vorgenommen wird. Daß eine unterschiedliche, auf dem jeweiligen nationalen Recht fußende Auslegung des

Begriffs "Arbeitnehmer" den Harmonisierungsbestrebungen der EG zuwiderläuft, liegt auf der Hand.

Dennoch wird etwa von Groeben/Boeckh/Thiesing¹ die Auffassung vertreten, daß maßgebend für die Auslegung das Recht des jeweiligen Mitgliedstaates sei. Danach ist z.B. in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmer, wer in einem freiwillig eingegangenen privatrechtlichen Abhängigkeitsverhältnis einem anderen Arbeit leistet. Dieser Auffassung, die allein auf die Bestimmung durch das jeweilige nationale Recht abstellt, kann bereits mit dem Hinweis auf das in Art. 7 der Verordnung (EWG) 1612/68 enthaltene Diskriminierungsverbot begegnet werden. Danach darf "ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates ist, ... nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer". Eine unterschiedliche Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs durch die nationale Rechtsordnung würde einer Verwirklichung dieses Gebots erhebliche Hindernisse in den Weg stellen².

b) Zu der hier in Rede stehenden Frage hat der EuGH in der Rechtssache 75/63 vom 19.3.1964³ grundlegend Stellung genommen. Das letztinstanzliche niederländische Sozialgericht, der Centrale Raad van Beroep, hatte an den Gerichtshof in einem Ersuchen um Vorabentscheidung auf Grund von Artikel 177 EWGV u.a. die Frage gestellt, ob der Begriff "ein Arbeitnehmer oder ihm Gleichgestellter" in der Verordnung Nr. 3 des Rates der EWG⁴ durch die Gesetzgebung der Mitgliedstaaten bestimmt wird oder einen übernationalen Inhalt hat.

1 Groeben/Boeckh/Thiesing, S. 415

2 Nelhans, S. 47

3 Entscheidungssammlung 1964, S. 395 ff., Fall Unger

4 AB1. EG Nr. 30/78 vom 16.12.1958, S. 561; nunmehr abgelöst durch die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71

Die deutsche Bundesregierung vertrat in ihrer Stellungnahme die Auffassung¹, daß die Verordnung Nr. 3 zwar einen einheitlichen Begriff des "Arbeitnehmers oder den ihm Gleichgestellten" enthalte, daß aber zur Bestimmung des Inhalts dieses Begriffs in erheblichem Umfang auf das nationale Sozialversicherungsrecht verwiesen werde. Es solle auch der Personenkreis erfaßt werden, der den Arbeitnehmern nach den nationalen Rechtsvorschriften hinsichtlich der Rechte aus der Sozialversicherung "gleichgestellt" sei.

Die EG-Kommission stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt², daß weder der Vertrag noch die zu seiner Ausführung ergangenen Verordnungen bezweckten, von Gemeinschaftsrechts wegen zu bestimmen, wer "Arbeitnehmer" sei; sie verwiesen diesbezüglich auf das nationale Recht. Es sei nicht Sinn der Art. 48 - 51 EWGV, die einschlägigen innerstaatlichen Vorschriften durch andere zu ersetzen.

In seiner Entscheidung geht der Gerichtshof noch über die Auffassung der Bundesregierung hinaus:

"Wenn die Artikel 48 bis 51 des Vertrages Vorschriften über die Freizügigkeit der 'Arbeitnehmer' aufstellen, so verleihen sie damit diesem Begriff gemeinschaftsrechtliche Bedeutung. ... Im übrigen bieten Art. 48 bis 51 des Vertrages keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme, diese Vorschriften hätten die nähere Bestimmung des Begriffes 'Arbeitnehmer' den innerstaatlichen Rechtsordnungen überlassen. Artikel 48 Abs. 2 erwähnt vielmehr einzelne Merkmale dieses Begriffes, wie Beschäftigung und Entlohnung, und gibt hierdurch zu erkennen, daß der Vertrag ihn vom Gemeinschaftsrecht her verstanden wissen

1 Entscheidungssammlung 1964, S. 91 f.

2 Entscheidungssammlung 1964, S. 393

will. ... Er erstreckt sich auf alle Personen, die in dieser Eigenschaft, gleichviel unter welcher Bezeichnung, von den verschiedenen Systemen des innerstaatlichen Sozialversicherungsrechts erfaßt werden."

Die später ergangenen Urteile² zur Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs setzen die mit dieser Entscheidung begonnene Rechtsprechung fort.

c) In seinen Urteilen vom 12.12.1974 (Union Cycliste Internationale)¹ und vom 14.07.1976 (Dona/Mantero)² hatte sich der EuGH mit der Frage zu befassen, unter welchen Voraussetzungen sportliche professionelle Tätigkeit unter die Freizügigkeitsgarantie fällt. Der EuGH zieht als entscheidendes Kriterium Art. 2 EWGV heran. Die sportliche Aktivität unterfällt danach dem Gemeinschaftsrecht, wenn sie einen Teil des Wirtschaftslebens im Sinne des Art. 2 EWGV ausmacht. Sie muß als entgeltliche Arbeits- oder Dienstleistung zu kennzeichnen sein.

Das Gericht bemerkt zur rechtlichen Situation der Fußballprofis:³ "Mit den Art. 7 und Art. 48 bis 51 oder, je nach Sachlage, 59 bis 66 EWGV ist eine nationale Regelung oder Praxis, auch wenn sie von einer Sportorganisation ausgeht, unvereinbar, die das Recht, als Profi oder Halbprofi an Fußballspielen teilzunehmen, allein den Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaates vorbehält, es sei denn, es handelt sich um eine Regelung oder Praxis, welche die ausländischen Spieler von der Mitwirkung bei bestimmten Begegnungen aus nicht wirtschaftlichen Gründen ausschließt, die mit dem besonderen Charakter und Rahmen dieser Begegnungen zusammenhängen und deshalb ausschließlich den Sport als solchen betreffen."

1 Rs 36/74 Entscheidungssammlung 1974, S. 1405 ff.

2 Rs 13/76 Entscheidungssammlung 1976, S. 1333 ff.

3 Vgl. ebenda

Diese Aussage ermöglicht eine praktikable Abgrenzung der Fälle, in denen Sport aus nichtwirtschaftlichen Gründen betrieben wird. Es scheidet damit der gesamte Bereich des Freizeit- und Amateursports als Regelungsgegenstand des Gemeinschaftsrechts aus. Ausschließlich sportliche Interessen sind vorrangig auch bei Berufssportlern, die in nationale Auswahlmannschaften berufen werden. Wenn dies insbesondere bei Fußballmannschaften angesichts der hohen Prämien zunächst erstaunt, wird man dennoch die Anwendbarkeit von Gemeinschaftsrecht verneinen müssen, da diese Prämien keine dauernde Einnahmequelle bilden.¹

2. Der Aufenthalt zu touristischen Zwecken

Im Fall Watson/Belman vom 07.07.1976² hatte die Kommission in ihrer Erklärung die Auffassung vertreten, auch ein Tourist könne als Empfänger von Dienstleistungen unter die Art. 48 ff. EWGV fallen und damit den Schutz der Freizügigkeitsbestimmungen genießen. Der EuGH äußerte sich in seiner Entscheidung nicht zu dieser Ansicht, während sie Generalanwalt Trabucchi in seinen Schlußanträgen³ zu Recht ablehnte.

Er wies darauf hin, daß bei einer so weiten Auslegung der Art. 59, 60 EWGV und der entsprechenden Richtlinien⁴ das Recht auf Freizügigkeit auf alle Bürger der EG ausgedehnt würde, da jeder tatsächlich oder potentiell Empfänger von Dienstleistungen sei.

1 Stadler, S. 10; Nicolaysen, S. 107

2 Vgl. dazu ausführlich unten, S. 104 ff.

3 Vgl. Entscheidungssammlung 1975, S. 1202 f.

4 Richtlinie 64/220/EWG vom 25.02.1964; Richtlinie 73/148/EWG vom 21.03.1973

Die Amtliche Begründung zu § 1 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG/EWG¹ fordert in diesem Zusammenhang denn auch ausdrücklich, daß für die Inanspruchnahme der Freizügigkeit für die Empfänger von Dienstleistungen die Tätigkeit oder Leistung der "Hauptzweck des Aufenthaltes" sein muß. Der Anspruch kann also nicht schon dadurch entstehen, daß gelegentlich eines Aufenthaltes, der anderen Zwecken dient, Dienstleistungen in Anspruch genommen werden².

3. Die selbständige Erwerbstätigkeit

a) Der EWG-Vertrag stellt neben den Begriff des Arbeitnehmers den des selbständigen Erwerbstätigen, dem er gemäß Art. 52 Abs. 2 EWGV das Recht der freien Niederlassung gewährt³. Man versteht unter selbständiger Erwerbstätigkeit jede unabhängige, dem Erwerb von Einkommen dienende Tätigkeit, wobei zur Abgrenzung von der abhängigen Tätigkeit des Arbeitnehmers darauf abgestellt werden kann, ob die Betätigung auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko ausgeübt wird⁴. Eine Gewinnerzielungsabsicht ist nicht notwendig, wohl aber muß mit der Betätigung ein Erwerbszweck verfolgt werden, d.h. es muß eine Beteiligung am wirtschaftlichen Leben erfolgen. Damit scheiden reine Gefälligkeiten sowie religiöse, karitative oder kulturelle Arbeiten aus⁵. Abschließend sei noch bemerkt, daß Vorstandsmitglieder oder Geschäftsführer von juristischen Personen, obwohl sie in einem Arbeitsverhältnis stehen können, als Berufstätige angesehen werden, die der Arbeitgeberseite zuzurechnen sind⁶.

1 Kloesel-Christ, B 4.6, S. 9

2 Amtliche Begründung zu § 6 AufenthG/EWG, Kloesel-Christ, B 4.6, S. 25

3 Allerdings wird nur in der deutschen Fassung des EWG-Vertrags der Terminus "selbständig" verwendet, während die französischen und englischen Fassungen von "activités non salariées" bzw. "not wage earning activity" sprechen, also darauf abstellen, ob der Berufstätige einen Lohn verdient.

4 Everling, S. 16

5 Everling, S. 858

6 Stadler, S. 5, m.w.N. (Rdn. 18)

b) Bei den sog. "freien Berufen" steht nicht die wirtschaftliche Seite des Berufes im Vordergrund, sondern die Bindung an die berufliche Aufgabe¹. Die freiberuflich Tätigen sind aber ebenfalls am allgemeinen Erwerbsleben beteiligt und werden im EWG-Vertrag in die selbständigen Erwerbstätigen einbezogen: Art. 57 Abs. 3 EWGV nennt ausdrücklich die ärztlichen, arztähnlichen und pharmazeutischen Berufe.

4. Der nationale öffentliche Dienst

a) Die EG-Mitgliedstaaten haben durch Art. 48 Abs. 4 EWGV einen großen Bereich der beruflichen Betätigung ihrer alleinigen Regelungsgewalt vorbehalten. Danach finden die Freizügigkeitsbestimmungen der Absätze 1 - 3 "keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung". Artikel 55 EWGV nimmt die Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaate dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, ebenfalls vom Anwendungsbereich des Vertrages aus.

Aus Art. 48 Abs. 4 EWGV² lassen sich keine Hinweise auf die bei der Auslegung seiner Tatbestandsmerkmale zu berücksichtigenden Umstände entnehmen³. Zweifels- ohne ist die Vorschrift ein gewichtiges Hindernis bei der Verwirklichung der europäischen Integration, denn sie verweist indirekt auf die ausschließliche Anwendbarkeit des nationalen Rechts. In allen Mitgliedstaaten ist zudem eine Wandlung dahin festzustellen, daß die öffentliche Verwaltung in stetem Umfang zunimmt. Besonders im Bereich der Leistungsverwaltung (Schlagwort: Sozialstaat) werden ständig neue Aufgaben als "öffentliche" erfüllt, die unabhängig von der verwendeten privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Rechtsform Gegenstand der öffentlichen Verwaltung werden.

1 Stadler, S. 6, m.w.N. (Rdn. 25)

2 Die Darstellung muß auf Art. 48 Abs. 4 EWGV beschränkt bleiben; ausführlich nimmt zu den Nationalstaatsvorbehalten Wittkopp Stellung, in: Wirtschaftliche Freizügigkeit und Nationalstaatsvorbehalte, Baden-Baden 1977

3 Wittkopp, S. 200

Jeder Arbeitnehmer in einer mit Eingriffs- oder Leistungsverwaltungsaufgaben befaßten staatlichen Einrichtung, unabhängig davon, ob er voll- oder teilzeitbeschäftigt ist, kann insoweit als im Sinne von Art. 48 Abs. 4 EWGV in der öffentlichen Verwaltung beschäftigt gelten. Die Vermutung liegt nahe, Art. 48 Abs. 4 EWGV habe eine Garantie für den Bestand und die weitere Entwicklung nationaler Verwaltungsstrukturen unter Ausschluß jeder Beschäftigung fremder Marktbürger im EWGV-Vertrag verankern sollen¹. Dies wird durch das in einem überkommenen Nationalstaatsdenken verwurzelte Argument gestützt, die eigenen Staatsangehörigen erfüllten ihre Aufgaben im Bereich der öffentlichen Verwaltung aufgrund ihrer besonderen Loyalität besser als Ausländer. Eine isolierte Betrachtung des Wortlauts des Art. 48 Abs. 4 EWGV läßt den Schluß zu, daß die Mitgliedstaaten durch die Schaffung nationaler Regelungen in der Lage sind, den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts praktisch nach Belieben einzuschränken.

In diesem Falle wäre eine substantielle Integrations- einbuße zu befürchten. Die Reichweite dieses Vorbehalts soll deshalb im folgenden betrachtet werden.

b) Das Europäische Parlament hat in einer Entschliebung² zum Begriff der "öffentlichen Verwaltung" die Auffassung vertreten, als Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung müsse jede Beschäftigung gelten, "die als solche von dem Mitgliedstaat anerkannt wird, sofern dies nicht den Zielen des EWGV widerspricht". Es schränkt diese Aussage jedoch mit dem Hinweis wieder ein, Art. 48 Abs. 4 EWGV ziele in erster Linie darauf ab, "die Ausübung einer tatsächlichen öffentlichen Gewalt den eigenen Staats-

¹ Vgl. Wittkopp, S. 203

² ABl. EG 1972, C 10/4

angehörigen vorzubehalten". Mit einer solchen "tatsächlichen Ausübung öffentlicher Gewalt" sei aber "eine Reihe von Beschäftigungen in der öffentlichen Verwaltung (...) nicht (...) verbunden".

Darin liegt zwar ein Ansatz, mit dem man zu einer Beschränkung nationaler Regelungen kommen könnte, das Parlament versäumt es jedoch, einen echten gemeinschaftsrechtlichen Kontrollmechanismus zu nennen, damit eine wirksame Beschränkung der nationalstaatlichen Regelungen möglich wäre.

c) Der EuGH hatte sich mit dieser Problematik zum ersten Mal im Fall des italienischen Staatsangehörigen Sotgiu¹ zu befassen. Das Gericht entschied sich mit einer auf den Zweck des Art. 48 Abs. 4 EWGV abstellenden Argumentation für eine eingrenzende Auslegung des Vorbehalts. Durch die Besonderheit des Falles konnte es sich einer direkten Stellungnahme zum konkreten Umfang des Begriffs der "öffentlichen Verwaltung" zwar entziehen, weil diese Frage nicht entscheidungserheblich war. Das Urteil zeigt jedoch - ebenso wie die kurze Zeit später ergangene Reyners-Entscheidung² -, daß der EuGH diese Vorschrift vor allem unter dem Blickwinkel der überragenden Stellung des Grundsatzes der Freizügigkeit und der Inländergleichbehandlung als eine Ausformung von Vertragszielbestimmungen sieht³. Die dort normierten Ausnahmen dürften deshalb nur so weit reichen, "als der Zweck es erfordert, um dessentwillen sie vorgesehen sind". Dieser Zweck ist, wie Wittkopp⁴ zutreffend bemerkt, vom Gemeinschaftsrecht bereits vorgegeben, womit den Mitgliedstaaten die Autonomie über eine zusätzliche und nachträgliche Zweckbestimmung genommen ist.

1 RS 152/73, Entscheidungssammlung 1974, S. 153 ff.

2 RS 2/74, Entscheidungssammlung 1974, S. 631 ff.

3 Wittkopp, S. 214

4 Wittkopp, ebenda

d) Stadler ¹ weist zutreffend darauf hin, daß eine Abgrenzung nach Aufgabenbereichen den Vertragszielen am besten entspricht ².

Damit ist in erster Linie von der Regelungskompetenz der EG die nationale hoheitliche Verwaltung ausgenommen, die dem Bürger in einem Subjektionsverhältnis gegenübersteht; des weiteren alle Tätigkeiten, die die staatlichen Interessen der äußeren oder inneren Sicherheit betreffen ³. Nicht ausgenommen von der Gemeinschaftskompetenz sind jene Tätigkeiten, in denen der Staat fiskalisch handelt, vor allem bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung und in dem Bereich, der in der Bundesrepublik Deutschland als Ausübung öffentlicher Verwaltung in privatrechtlicher Form bezeichnet wird.

Hinsichtlich der Beschäftigung als Lehrer zum Vorbereitungsdienst an öffentlichen Schulen hat der VGH Mannheim ⁴ entschieden, daß diese nicht unter die Freizügigkeit des EWG-Vertrages fällt. Das öffentliche Schulwesen sei nicht Gegenstand der Wirtschaftspolitik und Teil des Wirtschaftslebens, sondern Teil der nationalen Bildungspolitik. Der Aufgabenbereich des Lehramts an öffentlichen Schulen sei insgesamt hoheitlich geprägt. Die hoheitlichen Aufgaben des Lehrers hätten den deutschen Gesetzgeber in Ansehung des Art. 33 Abs. IV GG veranlaßt, auch das Ausbildungsverhältnis als ein öffentliches Dienst- und Treueverhältnis zu gestalten.

Steindorff ⁵ kritisiert diese Entscheidung m.E. zu Unrecht. Er ist der Auffassung, daß es nicht auf den Zweck der Betätigung oder den Bereich ankomme, in dem sie aus-

1 Stadler, S. 13

2 Unter Hinweis auf Hanau, EuR 1974, S. 197 (202)

3 Stadler, S. 13, unter Hinweis auf Generalanwalt Mayras, in: Entscheidungssammlung 1973, S. 168 ff.

4 NJW 1982, S. 543 ff., nicht rechtskräftig

5 NJW 1982, S. 1902 ff.

geübt wird, sondern allein darauf, ob sie als Arbeits- oder Dienstleistung gegen Entgelt erfolge. Dies reiche aus, um sie als Teil des in Art. 2 EWGV genannten Wirtschaftslebens anzusehen.

Dem ist zunächst die Aussage des EuGH¹ entgegenzuhalten, daß Art. 48 Abs. 4 EWGV dem "berechtigten Interesse der Mitgliedstaaten" Rechnung trägt, "ihren eigenen Staatsangehörigen diejenigen Stellen vorzubehalten, die einen Zusammenhang mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und der Wahrung allgemeiner Belange" aufweisen.

Problematisch in der Anwendung wird die Ansicht Steindorffs darüber hinaus bei den im folgenden besprochenen Fällen der Erwerbsunzucht.

5. Erwerbsunzucht und Freizügigkeit

In einer Reihe von Fällen hatten Ausländerbehörden Prostituierte aus EG-Staaten ausgewiesen, die als "Bardamen" oder selbständig der Erwerbsunzucht nachgingen. Das Bundesverwaltungsgericht² entschied hier dahingehend, daß die Freizügigkeitsbestimmungen des EWG-Vertrags diese Tätigkeiten nicht umfassen. Wenn man alleine - was Steindorff³ vorschlägt - darauf abstellt, ob die Tätigkeit als Arbeits- oder Dienstleistung gegen Entgelt erfolgt, könnten sich Prostituierte auf die Freizügigkeitsbestimmungen berufen.

Das Bundesverwaltungsgericht stützt seine Entscheidung auf folgende Überlegungen: Erwerbsunzucht sei eine sittenwidrige und in verschiedener Hinsicht sozialwidrige Tätigkeit und als solche mit der Menschenwürde nicht vereinbar. Es verstehe sich deshalb "von selbst", daß sie nicht Gegenstand der Wirtschaftspolitik und Teil des Wirtschaftslebens sein könne.

1 Urteil vom 17.12.1980, EuGRZ 1981, S. 129

2 Urteil vom 15.07.1980, NJW 1981, S. 1168 ff.

3 Steindorff, S. 1904

In der Versagung des Aufenthalts liegt danach auch kein Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ¹, weil sich dieses nur auf den Geltungsbereich des EWG-Vertrages bezieht, die Erwerbsunzucht von ihm aber gerade nicht erfaßt wird ². Durch diese Rechtsprechung wird klargestellt, daß Erwerbsunzucht Freizügigkeit nicht begründen kann ³.

Dieser Auffassung steht das Urteil des EuGH vom 18.05.1982 ⁴ nicht entgegen. Das Gericht weist allerdings darauf hin, daß ein Verhalten aufenthaltsbeschränkender Maßnahmen dann nicht begründen kann, wenn der Staat gegenüber dem gleichen Verhalten, das von eigenen Staatsangehörigen ausgeht, keine Zwangsmaßnahmen oder andere tatsächliche und effektive Maßnahmen zur Bekämpfung dieses Verhaltens ergreift ⁵. Die Ausländerbehörden werden diese Grundsätze bei ihren Entscheidungen zu beachten haben.

6. Der wirtschaftliche Umfang der Beschäftigung

Weder der EWG-Vertrag noch die zu seiner Ausführung erlassenen Bestimmungen geben Auskunft darüber, welchen Umfang die Tätigkeit eines Arbeitnehmers haben muß, damit er sich auf Art. 48 EWGV berufen kann. Der EuGH hatte sich mit dieser Frage erstmals in der Rechtssache Levin zu befassen ⁶. Folgender Sachverhalt lag der Entscheidung zugrunde:

1 Der Hinweis auf das spezielle Diskriminierungsverbot des Art. 48 Abs. 2 EWGV wäre hier allerdings zutreffender.

2 Vgl. Meyer, S. 765

3 Vgl. Meyer, ebenda

4 Rs 115 und 116/81, NJW 1983, S. 1250 ff.

5 Vgl. unten, S. 97

6 Urteil vom 23.03.1982, RS 83/81, vgl. InfAuslR 4/83, S.102 ff.

Die englische Staatsangehörige Levin begab sich mit ihrem Mann, der aus Südafrika stammte, in die Niederlande und beantragte eine Aufenthaltserlaubnis. Der Antrag wurde abgelehnt mit der Begründung, Frau Levin sei nur vorübergehend erwerbstätig gewesen und verfüge nicht über eine ausreichende Wohnung.

Das vorliegende Gericht fragte u.a., ob Freizügigkeit auch beanspruchen könne, wer eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit so beschränkten Umfanges ausübe, daß er ein geringeres Einkommen als dasjenige erziele, das als notwendiges Minimum zur Bestreitung des Lebensunterhaltes angesehen wird.

Nach der Auffassung des EuGH fällt unter die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die Freizügigkeit auch ein Arbeitnehmer, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates eine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis ausübt, mit der er weniger verdient, als im letztgenannten Staat als Existenzminimum angesehen wird. Es kommt nicht darauf an, ob er die Einkünfte aus seiner Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis durch andere Einkünfte bis zu diesem Minimum ergänzt oder sich mit Existenzgrundlagen begnügt, die darunter liegen. Vorausgesetzt ist lediglich, daß er eine echte Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis ausübt.

Das Gericht weist darauf hin, daß Anknüpfungspunkt für die Geltendmachung des Freizügigkeitsrechts allein die Arbeitnehmereigenschaft bzw. der Umstand sei, daß der Betreffende eine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis aufnehmen wolle.

Der EuGH tritt damit der Auffassung der niederländischen und dänischen Regierungen entgegen, die sich in ihren

Stellungnahmen zum Verfahren dahingehend geäußert hatten, daß mangels gemeinschaftsrechtlicher Regelung nationales Recht bestimmen dürfe, daß die Freizügigkeit nur geltend machen könne, wer ein den innerstaatlichen Regelungen entsprechendes Mindesteinkommen vorweise.

Unter Hinweis auf die Rechtssache 75/63¹ wiederholt der EuGH, daß der gemeinschaftsrechtliche Begriff des Arbeitnehmers nicht durch eine nationale Rechtsordnung beliebig definiert werden könne. Im Hinblick darauf, daß durch diesen Begriff der Anwendungsbereich einer vom Vertrag festgelegten Grundfreiheit bestimmt werde, dürfe er auch nicht einschränkend interpretiert werden. Wenn der Betreffende nun als Arbeitnehmer anzusehen sei, könne er sich auf die Freizügigkeitsbestimmungen berufen, unabhängig davon, welchen Umfang seine Tätigkeit habe. Nur diese Auslegung entspreche den Vertragszielen. Es müsse sich lediglich um eine echte² Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis handeln.

Die Entscheidung kann im Ergebnis nicht zufriedenstellen. Es ist zwar begrüßenswert, daß der EuGH erneut und mit Nachdruck darauf hinweist, daß gemeinschaftsrechtliche Begriffe, wie der des "Arbeitnehmers", nicht einseitig durch nationale Bestimmungen definiert werden dürfen. Dies war jedoch durch die Stellungnahme der niederländischen bzw. dänischen Regierung auch nicht beabsichtigt. Es sollte nicht der Arbeitnehmerbegriff einschränkend interpretiert, sondern die Freizügigkeit trotz der Arbeitnehmergemeinschaft begrenzt werden.

Eine solche Einschränkung stünde mit den Zielen des EWG-Vertrags - der EuGH nennt hier die harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens und eine Hebung der Lebenshaltung - entgegen der Ansicht des Gerichts nicht in

1 Vgl. oben, S. 31

2 Im französischen Wortlaut: une activité réelle et effective

Widerspruch. Dieses geht offenbar davon aus, daß sich ein Arbeitnehmer, der gerade das Existenzminimum oder sogar weniger verdient, mit diesem Betrag begnügen wird, eine etwas wirklichkeitsferne Betrachtung. In aller Regel werden in solchen Fällen vielmehr Sozialhilfeleistungen in Anspruch genommen. Eine Förderung der genannten Gemeinschaftsziele kann in der Anwesenheit dieser Ausländer nicht gesehen werden. Angesichts steigender wirtschaftlicher Schwierigkeiten in den Mitgliedstaaten der EG wird es eher zu einer negativen Einstellung gegenüber ausländischen Arbeitnehmern beitragen, wenn diese ihren Lebensunterhalt nicht aus eigener Kraft bestreiten können.

Es sei betont, daß von diesen Überlegungen jene Fälle zu unterscheiden sind, bei denen nur eine vorübergehende Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen in Rede steht, insbesondere in Form der Hilfe für besondere Lebenslagen. Im vorliegenden Falle geht es jedoch um das berechnete Interesse der Mitgliedstaaten, die erstmalige Geltendmachung der Freizügigkeit davon abhängig zu machen, daß sie nicht von vorneherein zu einer finanziellen Belastung der eigenen Staatsangehörigen zu werden verspricht.

Der EuGH bemerkt zwar zutreffend, daß die einschlägigen Richtlinien lediglich die Vorlage eines gültigen Ausweises verlangen würden, es spricht jedoch nichts dagegen, hier eine Lücke in den EWG-Regelungen zu sehen¹. Die Auffassung der dänischen bzw. niederländischen Regierung hätte den Fall zutreffender gelöst.

Die sich an diese Problematik unmittelbar anschließende Frage nach der Zulässigkeit aufenthaltsbeendender Maßnahmen wird im Kapitel über die Ausweisung behandelt².

¹ Eine Überlegung, auf die Speyer, Inf.AuslR 4/83, S. 106, hinweist.

² S. u., S. 107 ff.

III. Die Freizügigkeit von Familienangehörigen

Auch den Familienangehörigen der Arbeitnehmer wird gem. § 1 Abs. 2 AufenthG/EWG Freizügigkeit gewährt. Gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG/EWG ist Voraussetzung für den Aufenthaltsanspruch der dort genannten Personen (Großeltern, Eltern, erwachsene Kinder eines Erwerbstätigen), daß ihnen vom Erwerbstätigen bzw. seinem Ehegatten "Unterhalt" gewährt wird. In der ursprünglichen Fassung des AufenthG/EWG war noch die Leistung des "vollen Unterhalts" gefordert worden. Auf Drängen der EG-Kommission erhielt § 1 Abs. 2 Nr. 2 die jetzige Fassung ¹. Diese Gesetzesänderung beseitigt jedoch nicht die Streitfrage der Festsetzung der Höhe des Unterhalts, ein Problem, dem in der ausländerbehördlichen Praxis einige Bedeutung zukommt.

Der Gesetzgeber hat zu dieser Frage bisher nicht Stellung genommen. Daß er allerdings nach wie vor der Auffassung ist, ein beliebiger Beitrag zum Unterhalt reiche nicht aus, ergibt sich aus einem Vergleich der Amtlichen Begründungen zum ursprünglichen Gesetzestext und der Neufassung. Die Amtliche Begründung zur ursprünglichen Fassung lautete: ²

"Der Begriff des Unterhalts bestimmt sich nach familienrechtlichen Gesichtspunkten. Der Unterhalt umfaßt danach den gesamten Lebensbedarf (vgl. auch § 1610 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches); es genügt nicht lediglich ein Zuschuß zum Lebensunterhalt."

Durch die Streichung der Worte "den vollen" sollte nach der Amtlichen Begründung zum Änderungsgesetz ³ eine "formelle Divergenz" zwischen dem AufenthG/EWG und der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft ⁴, in der diese Worte nicht enthalten waren, beseitigt werden.

1 Änderungsgesetz vom 17.04.1974, BGBl. I, S. 948

2 BGBl. 1969 I, S. 927

3 BGBl. 1974 I, S. 948

4 ABl. EG Nr. L 457, S. 2

Die bisherige Gesetzesfassung beruhte auf der korrespondierenden Nachzugsregelung für Familienangehörige von selbständigen Erwerbstätigen: Art. 1 Abs. 1 Buchstabe b der Richtlinie Nr. 64/220/EWG machte den Aufenthaltsanspruch von Familienangehörigen im weiteren Sinne davon abhängig, daß der Selbständige oder sein Ehegatte ihnen "vollen Unterhalt" gewährte. Diese Richtlinie wurde inzwischen durch eine neue Richtlinie ersetzt, die auch in der deutschen Fassung lediglich auf die Gewährung von Unterhalt abstellt ¹.

Der Gesetzgeber hat in der Streichung also nur die Beseitigung einer "formellen Divergenz" gesehen. Dies spricht für die Annahme, daß keine Änderung der bisherigen materiellen Rechtslage eingetreten ist.

Nach Auffassung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs ² muß eine regelmäßige Mindestzuwendung gewährt werden, damit überhaupt von Unterhalt gesprochen werden kann. Als Anhaltspunkt für den Umfang könne der notwendige Lebensunterhalt nach dem Bundessozialhilfegesetz herangezogen werden ³.

Dieser Auffassung ist uneingeschränkt zuzustimmen. Das Recht auf Freizügigkeit muß da eine Grenze finden, wo seine Ausübung lediglich zu einer Belastung der öffentlichen Hand führen würde. Für erwägenswert erscheint sogar die Überlegung, die Höhe des zu zahlenden Unterhalts nach den durchschnittlichen Gesamtleistungen der Sozialhilfeträger (Regelsätze sowie sonstige Leistungen, wie z.B. Winterbeihilfen etc.) zu berechnen. Wenn auch die zusätzlichen Leistungen in den einzelnen Bundesländern unterschiedlich sein können, sollte es dennoch möglich sein, einen Durchschnittsbetrag festzusetzen. Soweit er-

¹ Vgl. BR-Drucksache VI/2481, BR-Drucksache 412/71

² BayVGh, Urteil vom 10.12.1980, BayVB1. 1981, S. 565

³ §§ 11 ff.

sichtlich, wird seitens der Ausländerbehörden jedoch auf die Regelsätze abgestellt.

Kann der einreisewillige Ausländer nachweisen, daß er über ausreichende Mittel zum Unterhalt verfügt, ist noch zu beachten, daß auch der, nunmehr Unterhaltsleistende für die Bestreitung seines Lebensunterhalts nicht auf Sozialhilfe angewiesen ist ¹.

¹ Kloesel-Christ, B 4.6, Anm. 14

§ 3 DIE EINREISEFORMALITÄTEN

Angesichts des Bemühens, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer möglichst zu erleichtern, erstaunt es, daß hinsichtlich der Einreiseformalitäten einige grundsätzliche Rechtsprobleme noch nicht abschließend geklärt sind. Ein erster Problemkreis betrifft die Frage, ob beim Grenzübertritt bereits nach dem Vorhandensein einer Aufenthaltserlaubnis gefragt werden kann.

Ferner ist ungeklärt, ob das Ausweispapier des Ausländers stets gültig sein muß und welche Folgen an eine Weigerung, den Ausweis verlängern zu lassen, geknüpft werden können.

I. Die Überprüfung der Aufenthaltserlaubnis beim Grenzübertritt

Die Geltendmachung des Rechts auf Einreise und Aufenthalt setzt nach § 10 AufenthG/EWG lediglich voraus, daß der Ausländer sich durch einen Paß oder amtlichen Personalausweis ausweist. Bei Familienangehörigen werden auch die nach § 4 DVAuslG zugelassenen Paßersatzpapiere als ausreichend anerkannt. Besteht nun bei der Grenzkontrolle konkreter Anlaß zu der Annahme, daß ein Ausländer als Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigt ist, stellt sich die Frage, ob das Vorhandensein einer Aufenthaltserlaubnis überprüft werden darf, eventuell mit der Folge einer Bestrafung gemäß § 12 a Abs. 1 Nr. 2 AufenthG/EWG im Falle des Nichtvorhandenseins. Die Problematik gewinnt dadurch an Bedeutung, weil die Grenzkontrolle die wohl effektivste Möglichkeit zu einer entsprechenden Überprüfung darstellt. Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine solche Überprüfung zulässig.

1. Dem AufenthG/EWG wie auch den einschlägigen EG-Richtlinien läßt sich für eine Lösung nichts entnehmen. Auch Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 68/360/EWG, nach dem für die

Erteilung der Aufenthaltserlaubnis an einen Arbeitnehmer nur Ausweis und Einstellungserklärung des Arbeitgebers verlangt werden dürfen, ist angesichts des eindeutigen Wortlauts hier nicht anwendbar.

2. Die EG-Kommission hat in einer mit Gründen versehenen Stellungnahme ¹ die Auffassung vertreten, daß eine dahingehend bestehende Praxis der bundesdeutschen Grenzbehörden rechtswidrig sei. Sie verweist zur Begründung insbesondere auf die nachstehend behandelte Entscheidung des EuGH. Dieser hatte in seinem Urteil vom 03.07.1980 ² Gelegenheit, grundsätzlich zur Zulässigkeit von Einreiseformalitäten Stellung zu nehmen. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der niederländische Staatsangehörige Stanislaus Pieck stand als Arbeitnehmer in England in einem Beschäftigungsverhältnis. Bei einer Einreise trug die Einwanderungsbehörde in seinen Reisepaß neben Datum und Ort den Vermerk "Given leave to enter the United Kingdom for six month" ein. Pieck vergaß, die in der Erlaubnis festgesetzte Frist rechtzeitig verlängern zu lassen. Aus diesem Grunde wurde er wegen eines Verstoßes gegen den Immigration Act 1971 angeklagt. Im Falle einer Verurteilung hätte Pieck ausgewiesen werden können.

Das vorliegende Gericht ersuchte den EuGH unter anderem um Vorabentscheidung über die Frage ³ nach der Bedeutung der Worte "weder ein Sichtvermerk noch ein gleichartiger Nachweis" in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 68/360/EWG ⁴.

1 vom 17.07.1981, K (81) 1122 endg.

2 RS 157/79

3 Die übrigen vom vorlegenden Gericht gestellten Fragen nach der Zulässigkeit der Befristung der Aufenthaltserlaubnis bzw. einer möglichen Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe wegen Nichtverlängerung der Aufenthaltserlaubnis werden an anderer Stelle behandelt, s. u., S. 103 ff.

4 Die Vorschrift hat folgenden Wortlaut: "Für die Einreise darf weder ein Sichtvermerk oder ein gleichartiger Nachweis verlangt werden; dies gilt jedoch nicht für die Familienangehörigen, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzen ..."

Der Gerichtshof sah in seiner Entscheidung zu Recht keinen Unterschied zwischen der Einstempelung in den Paß, die die Erlaubnis zur Einreise enthielt und einem Sichtvermerk. Er erklärte diese Maßnahme wegen des Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 der vorgenannten Richtlinie für rechtswidrig ¹. Darüber hinaus nahm das Gericht den Fall zum Anlaß, zur Zulässigkeit von Einreiseformalitäten folgendes auszuführen:

"... Zwar gilt das in Rede stehende Einreiserecht der Arbeitnehmer nicht unbeschränkt. Jedoch trifft der einzige Vorbehalt, der in Art. 48 des Vertrags gemacht wird, ... die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen. Dieser Vorbehalt ist nicht als eine Bedingung für den Erwerb des Einreise- und Aufenthaltsrechts zu verstehen, sondern dahin, daß er die Möglichkeit eröffnet, im Einzelfall und bei Vorliegen ausreichender Rechtfertigungsgründe die Ausübung eines unmittelbar aus dem Vertrag fließenden Rechts zu beschränken. Er rechtfertigt somit keine Verwaltungsmaßnahmen, die ganz allgemein andere Grenzformalitäten verlangen als die bloße Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses."

Dennoch wird durch diese Aussage m.E. die Rechtmäßigkeit der Kontrolle einer Aufenthaltserlaubnis nicht berührt. Das Gericht stützt sich in seiner Begründung insbesondere auf die Begründungserwägungen der Richtlinie 68/360/EWG ². Diese sollte zur Aufhebung der noch bestehenden Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen innerhalb der Gemeinschaft beitragen. Nur insoweit sind also Verwaltungsmaßnahmen unzulässig, als sie Grenzformalitäten verlangen, die als

¹ Die in der Einstempelung enthaltene Befristung ist wegen des Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 Buchstabe b der Richtlinie 68/360/EWG ebenfalls rechtswidrig.

² Vgl. Klagesel-Christ, B 4.4, S. 1

Reise- oder Aufenthaltsbeschränkungen anzusehen sind. Als solche betrachtet die Richtlinie in Art. 3 Abs. 2 jedoch nur Sichtvermerke oder gleichartige Nachweise. Die Kontrolle einer Aufenthaltserlaubnis ist demnach nicht als Beschränkung der Einreise aufzufassen, sondern muß - nachdem konkrete Anhaltspunkte für die Befragung vorliegen - als polizeiliche Maßnahme zur Verfolgung einer möglichen Ordnungswidrigkeit nach § 12 a Abs. 1 Nr. 2 AufenthG/EWG angesehen werden, die aus Gründen größerer Effektivität bei der Grenzüberschreitung vorgenommen wird. Das Recht zur Einreise wird dadurch in keiner Weise beeinträchtigt.

Bei anderer Auffassung käme man zu dem Ergebnis, daß ansonsten deutsche Staatsangehörige von vergleichbaren Maßnahmen (z.B. wegen abgelaufener Gültigkeitsdauer des Passes) der Grenzbehörden¹ betroffen wären, Ausländer dagegen nicht. Als unzulässig wird man allerdings eine Überprüfung ansehen müssen, die ohne konkreten Anlaß erfolgt.

II. Das Erfordernis eines gültigen Ausweises

1. Der Angehörige kann also einreisen, wenn er sich durch einen Personalausweis oder Reisepaß eines EG-Staates ausweist. Es ist nicht ersichtlich, warum § 10 AufenthG/EWG keinen gültigen Ausweis verlangt, obwohl er nach der Amtlichen Begründung auf Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 68/360/EWG beruht, die ausdrücklich die Gültigkeit des Ausweises voraussetzt. Da § 10 AufenthG/EWG insoweit geringere Anforderungen stellt, wurden allerdings möglicherweise Konflikte im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot vermieden, denn aufgrund zwischenstaatlicher Vereinbarungen können Angehörige der Staaten Belgien, Frankreich, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Monaco sowie der

¹ Gem. § 2 Zi. 2 Buchstabe b des Gesetzes über den Bundesgrenzschutz gehört zu den Aufgaben der mit der polizeilichen Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs befaßten Beamten auch die Grenzfehndung. Diese schließt über die Fehndung nach gesuchten Straftätern hinaus auch die Ermittlung von Verstößen gegen das Straf- und Ordnungswidrigkeitsgesetz ein.

Schweiz mit Pässen einreisen, deren Geltungsdauer noch nicht länger als seit fünf Jahren abgelaufen ist¹. Da nicht mit allen EG-Ländern eine solche Vereinbarung geschlossen worden ist, könnte man in der Forderung nach einem gültigen Paß z.B. bei einem italienischen Staatsangehörigen im Hinblick auf Art. 48 Abs. 2 EWGV eine unzulässige Diskriminierung sehen².

2. Die EG-Staaten sind im übrigen verpflichtet, den eigenen Staatsangehörigen die Rückkehr in ihr Staatsgebiet auch dann zu gestatten, wenn der Ausweis während ihres Aufenthalts in einem Mitgliedstaat ungültig geworden ist, Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 64/221/EWG.

3. Ungeklärt ist die Frage, ob der Ausländer, der von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch macht, während der Dauer seines Aufenthaltes stets Sorge tragen muß, daß er im Besitz eines gültigen Ausweises ist.

Bejaht man dies, kann der Ausländer gem. § 12 a Abs. 1 Nr. 2 AufenthG/EWG wegen einer Ordnungswidrigkeit bestraft werden³. Gegen eine solche Forderung bestehen Bedenken im Hinblick darauf, daß EG-Angehörige nach dem eindeutigen Wortlaut des § 10 AufenthG/EWG bzw. zwischenstaatlicher Vereinbarungen mit ungültigen Pässen einreisen dürfen.

Dennoch wird hier die Auffassung vertreten, daß von einem EG-Angehörigen, der sich nicht nur als Tourist in einem Mitgliedstaat aufhält, sondern dort seinen Wohnsitz begründet hat, verlangt werden kann, daß er einen gültigen Ausweis besitzt.

¹ Vgl. Kloesel-Christ, A 1, § 47, Anm. 3, unter Hinweis auf § 3 Nr. 7 DVAuslG

² Die gegenteilige Kommentierung von Kloesel-Christ zu § 10 AufenthG/EWG erkennt dies; vgl. B 4.6, § 10, Zi. 2

³ So Kloesel-Christ, B 4.6, § 10, Zi. 4

Zunächst ist zur Begründung darauf hinzuweisen, daß, da die Freizügigkeit nur EG-Angehörigen gewährt wird, bezüglich der Staatsangehörigkeit des Ausländers keine begründeten Zweifel bestehen dürfen. Gültige Ausweispapiere beinhalten lediglich eine widerlegbare Beweisvermutung, wonach der Angehörige des den Ausweis ausstellenden Staates die entsprechende Staatsangehörigkeit besitzt ¹. Im allgemeinen Ausländerrecht wird dem dadurch Rechnung getragen, daß die Aufenthaltserlaubnis eines Ausländers erlischt, wenn er keinen gültigen Paß mehr besitzt, § 9 Abs. 1 Nr. 1 AuslG ². Will ein EG-Ausländer die Vorteile der Freizügigkeit in Anspruch nehmen, muß er deshalb Sorge tragen, daß keine Zweifel an seiner Staatsangehörigkeit aufkommen.

Eine weitere Stütze findet die hier vertretene Ansicht auch im Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 64/221/EWG. Dort heißt es: "Wird der Personalausweis oder Reisepaß, der die Einreise in das Aufnahmeland und die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ermöglicht hat, ungültig, ...". Diese für die Ausgestaltung der Freizügigkeit grundlegende Richtlinie geht mithin davon aus, daß bei der Beantragung der Aufenthaltserlaubnis, also in aller Regel einige Zeit nach der Einreise, ein gültiger Ausweis vorgelegt worden ist.

Von der Forderung nach einem ununterbrochen gültigen Ausweis wird man dann eine Ausnahme machen müssen, wenn der EG-Ausländer nicht beabsichtigt, von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, sondern wenn er als Tou-

1 Mengele, S. 170;

2 Die Frage, ob die Aufenthaltserlaubnis eines EG-Angehörigen gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 AuslG ungültig werden kann, wird bei der Behandlung der Ausweisung erörtert, s.u., S. 105

rist einreisen will. Es wäre zweifelsohne rechtswidrig, ihn aufgrund zwischenstaatlicher Vereinbarungen mit einem ungültigen Paß zwar einreisen zu lassen, ihn jedoch alsbald wegen der Ungültigkeit zu bestrafen.

Eine zeitliche Grenze läßt sich aus § 8 AufenthG/EWG entnehmen. Danach bedürfen Arbeitnehmer, die sich auf Arbeitssuche befinden, für die Dauer der ersten drei Monate keiner Aufenthaltserlaubnis. Vor Ablauf dieser Frist muß eine Arbeitsstelle gefunden sein oder die Ausreise erfolgen, soweit nicht eine Aufenthaltserlaubnis nach § 2 Abs. 1 AuslG beantragt wird. Man wird also immer dann, wenn der Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis beantragt, also von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen will, spätestens jedoch drei Monate nach der Einreise, die Vorlage eines gültigen Ausweises verlangen müssen. Nach Ablauf der Dreimonatsfrist muß er, wenn er keine Arbeit gefunden hat, in jedem Fall einen gültigen Ausweis vorweisen können, § 3 Abs. 1 AuslG¹.

¹ Hier ist die Forderung nach Gültigkeit unzweifelhaft, vgl. etwa die Amtliche Begründung zu § 3 Abs. 1 AuslG, Kloesel-Christ A 1, § 3, S. 1;

§ 4 DIE BEDEUTUNG DER AUFENTHALTSLAUBNIS FÜR EG-ANGEHÖRIGE

I. Zur Rechtslage¹ im allgemeinen Ausländerrecht

Das allgemeine Völkerrecht enthält keine Bestimmungen, wonach ein Staat Ausländern die Einreise oder sogar die dauernde Niederlassung gestatten müßte¹. Es ist umstritten, ob ein Staat die schrankenlose Freiheit zur Abweisung von Ausländern besitzt². Das AuslG nimmt ein solches Recht jedenfalls nicht in Anspruch. Es stellt die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nicht in das freie, sondern in das pflichtgemäße Ermessen der Ausländerbehörde³. § 2 Abs. 1 AuslG, der für diese Erteilung bestimmte Kriterien festsetzt, ist das wichtigste Instrument zur Steuerung des Zuzugs von Ausländern.

Die Erteilung, auf die grundsätzlich kein Anspruch besteht⁴, hat eine doppelte Rechtswirkung. Zunächst gestattet sie die Einreise, das heißt den Grenzübertritt, und weiter wird der sich anschließende Aufenthalt des Ausländers im Bundesgebiet geregelt. Soweit dieser Aufenthalt im Interesse der Bundesrepublik nicht uneingeschränkt, sondern nur mit räumlichen, zeitlichen oder sonstigen Begrenzungen gestattet werden soll, findet dies in der Aufenthaltserlaubnis seinen Niederschlag⁵.

1 Vgl. Mengele, S. 18

2 Vgl. Doebling, S. 58 ff.

3 Kloesel-Christ, A. 1 § 2, Anm. 2

4 Vgl. Kanein, S. 28

5 Vgl. Mengele, S. 61 sowie auch § 5 Abs. 1 AuslG, § 5 DVAuslG, insbesondere Abs. 5. In aller Regel wird der erforderliche Sichtvermerk nur mit Zustimmung der für den vorgesehenen Aufenthaltsort zuständigen Ausländerbehörde erteilt. Bestehen Zweifel am Reisezweck, verpflichtet Zi. 3a der VwV zu § 5 AuslG die mit der Grenzkontrolle betrauten Behörden ausdrücklich, den Paß mit dem Paßkontrollstempel und dem Zusatz "Tourist, Aufenthalt bis zu drei Monaten, keine Arbeitsaufnahme" zu versehen.

Keiner Aufenthaltserlaubnis i.S.d. § 2 Abs. 1 AuslG bedürfen u.a. folgende Personen ¹:

- a) Ausländer, die das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 AuslG)
- b) heimatlose Ausländer (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 AuslG)
- c) der Personenkreis der Befreiten (§ 49 Abs. 2 AuslG)
- c) die in § 1 DVAuslG genannten Personen
- e) EG-Angehörige gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 AufenthG/EWG

Die Aufenthaltserlaubnis darf erteilt werden, wenn durch die Anwesenheit des Ausländers Belange der Bundesrepublik Deutschland ² nicht beeinträchtigt werden, § 2 Abs. 1 AuslG. Die rechtliche Prüfung vollzieht sich in zwei Stufen: ³

- Zunächst ist zu ermitteln, ob der Aufenthalt des Ausländers Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt. Ist dies der Fall, muß der Antrag abgelehnt werden, ohne daß ein Ermessensspielraum der Ausländerbehörde besteht.

- Wenn keine Belange entgegenstehen, ist die Behörde gehalten, über den Antrag nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden.

Ergänzend sei noch auf folgendes hingewiesen: Beabsichtigt ein Ausländer, in der Bundesrepublik Deutschland eine Erwerbstätigkeit ⁴ auszuüben, benötigt er dazu eine Arbeitserlaubnis. Dazu muß er sich gem. § 5 AEVO erlaubt im Gebiet der Bundesrepublik aufhalten, also eine Aufenthaltserlaubnis besitzen, die mithin den Vorrang vor der Arbeitserlaubnis genießt ⁵.

Die Aufenthaltserlaubnis wird in der Regel nur erteilt werden, wenn u.a. die Arbeitsmarktlage es gestattet. Dabei ist zu beachten, daß die Erwerbstätigkeit von Ausländern

1 Vgl. Kanein, S. 28

2 Zum Begriff der "Belange der Bundesrepublik Deutschland" s. u., S. 76, Rdn. 3

3 Vgl. Mengele, S. 69

4 Zum Begriff der Erwerbstätigkeit vgl. Nr. 14 VwV zu § 2 AuslG

5 Vgl. VGH Baden-Württemberg, DÜV 1980, S. 845

zunehmend Belange der Bundesrepublik Deutschland berührt ¹. Die Versagung der Aufenthaltserlaubnis aus arbeitsmarktpolitischen Gründen kann damit gerechtfertigt sein ¹. Mengele weist zutreffend darauf hin, daß Staatsangehörigen aus Nicht-EG-Staaten nur in besonderen Ausnahmefällen ein Aufenthalt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit gestattet werden soll ³. Wird der Ausländer nun arbeitslos, droht ihm, wenn er gezwungen ist, Sozialhilfe in Anspruch zu nehmen, die Ausweisung, § 10 Abs. I Nr. 10 AuslG ⁴.

Das Bundessozialgericht hat in einer Reihe von grundlegenden Entscheidungen ⁵ zur Frage Stellung genommen, unter welchen Voraussetzungen ausländischen Arbeitnehmern Arbeitslosengeld bzw. -hilfe zu gewähren ist. Für diesen Zeitraum kann so der Bezug von Sozialhilfe vermieden werden. Die Leistungsgewährung nach dem Arbeitsförderungsgesetz setzt zunächst voraus, daß der Arbeitslose der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht, vgl. §§ 103 Abs. I, 134 Abs. I AFG.

Diese Verfügbarkeit wurde bis zu den vorerwähnten Entscheidungen bei ausländischen Arbeitnehmern, die im Besitze einer Arbeitserlaubnis waren, für den Zeitraum ihrer Gültigkeit bejaht ⁶. Das Bundessozialgericht entschied nun dahingehend, daß die Verfügbarkeit nicht vom Vorliegen einer Arbeitserlaubnis abhängig gemacht werden kann. Die Leistungsgewährung, auf die ein Rechtsanspruch besteht, dürfe nicht von einer Ermessensentscheidung, nämlich der Erteilung oder Nichterteilung einer Arbeitserlaubnis, abhängig sein ⁷.

Die Verfügbarkeit ist erst dann zu verneinen, wenn dem ausländischen Arbeitnehmer der ihm nach seinen Kenntnissen und Fähigkeiten und nach dem Umfang seiner Arbeitsbereitschaft zugängliche Arbeitsmarkt verschlossen ist ⁸. Um dies feststel-

1 Vgl. Wollenschläger, in: Kanein, S. 320; Mengele, S. 75, 79

2 Kloesel-Christ, A 1, § 2, S. 9; auf die unterschiedlichen Regelungen des § 1 Nr. 1 AEVO bzw. § 2 AEVO kann hier nur hingewiesen werden, vgl. dazu etwa Rittstieg, S. 1079 f.; Huber, NJW 1979, S. 1738

3 Mengele, S. 79

4 Zur Ausweisung s.u., S.

5 BSG Urt. v. 27.01.1977 - 12 RAR 49/76; Urt. v. 27.01.1977 - 12 RAR 50/76; Urt. v. 21.06.1977 - 7 RAR 75/76; Urt. v. 22.11.1977 - 7 RAR 5/77; s. NJW 1978, S. 1125 ff.

6 Vgl. Huber, NJW 1978, S. 1716

7 Zustimmend etwa Becker/Braasch, S. 123; Rittstieg, S. 1080; Wollenschläger, in: Kanein, S. 375

8 Vgl. § 103 Abs. I Nr. 1 AFG

len zu können, bedarf es mindestens einjähriger Vermittlungsbemühungen der Bundesanstalt für Arbeit dahingehend, "daß bei jeder freiwerdenden Stelle, die für den ausländischen Arbeitsuchenden in Betracht kommt, geprüft wird, ob er dorthin vermittelt und ob ihm hierfür eine Arbeitserlaubnis erteilt werden kann. Außerdem müssen die überörtlichen Möglichkeiten der Vermittlung ausgeschöpft werden. Es muß auch geprüft werden, ob durch berufliche Fortbildung oder Umschulung in Berufe, in denen eine bessere Unterbringungschance besteht, die Unterbringung des ausländischen Arbeitnehmers gefördert werden kann" ¹.

Erst wenn diese Bemühungen mindestens ein Jahr lang nicht zur Vermittlung einer neuen Arbeitsstelle führen, ist der ausländische Arbeitnehmer nicht mehr als verfügbar anzusehen, so daß ihm auch kein Anspruch auf Arbeitslosenhilfe mehr zustehen kann ².

II. Die Rechtsnatur der Aufenthaltserlaubnis gem. § 3 AufenthG/EWG

Angehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft bedürfen - sofern sie zu dem in § 1 AufenthG/EWG konkretisierten Personenkreis gehören - für die Einreise in das Bundesgebiet keiner Aufenthaltserlaubnis. In diesem Fall ist die Einreise bereits kraft Gesetzes gestattet, vgl. § 2 Abs. 1 AufenthG/EWG. Es liegt auf der Hand, daß der Frage nach der Rechtsnatur der Aufenthaltserlaubnis besondere Bedeutung zukommt. Der EuGH hat dazu in einem auch für die ausländerbehördliche Praxis wichtigen Urteil Stellung genommen ³. Ihm war folgender Sachverhalt vorgelegt worden:

Der französische Staatsangehörige Royer, in seinem Heimatland erheblich vorbestraft und dort erneuten Ermittlungen ausgesetzt, hielt sich in einem Vorort von Lüttich auf, ohne die Verwaltungsformalitäten zur Einschreibung in das Melderegister erfüllt zu haben. Seine französische Ehefrau betrieb dort ein Tanzcafé. Royer wurde mehrfach ausgewiesen und zu einer Freiheitsstrafe von einem Monat mit Bewährung sowie zu einer Geldstrafe von 300 sfrs verurteilt.

1 BSG NJW 1978, S. 1125 (1127)

2 Becker/Braasch, S. 123

3 Urteil vom 08.04.1976, Rs 48/75; Entscheidungssammlung 1976, S. 497 ff.

Das vorliegende Gericht ersuchte u.a. um Beantwortung der Frage, ob das aus dem Vertrag fließende Aufenthaltsrecht unabhängig von der Urkunde, die es feststellt, besteht ¹.

Die EG-Kommission äußerte sich in ihrer schriftlichen Erklärung vor dem Gerichtshof zu dieser Frage dahingehend ², daß das Recht auf freie Einreise in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates und das Recht, sich dort aufzuhalten, unmittelbar in Art. 48 Abs. 3 EWGV vorgesehen und untrennbarer Ausfluß des Rechts sei, als Arbeitnehmer oder Selbständiger dort eine Tätigkeit unter denselben Voraussetzungen wie die Staatsangehörigen dieses Staates auszuüben. Das Aufenthaltsrecht bestehe eindeutig vor jeder Verwaltungsformalität, insbesondere vor einer das Recht lediglich feststellenden Urkunde. Es sei von diesen Formalitäten unabhängig.

Der EuGH hat sich dieser Auffassung angeschlossen. Er verweist auf die Art. 48 Abs. 3, 52 und 59 EWGV, die als ein an die Mitgliedstaaten gerichtetes Verbot auszulegen seien, Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten zu beschränken oder zu behindern. Die genannten Vorschriften gewährten jedem unmittelbar Rechte, auf die die genannten Artikel - in der Form, die sie später durch die ergänzenden Verordnungs- oder Richtlinienbestimmungen zur Durchführung des Vertrags gefunden haben - anwendbar sind.

Das Gericht weist ferner darauf hin, daß diese Auslegung allen zur Durchführung der genannten Vertragsbestimmungen ergangenen Rechtsakten zugrunde liege. So bestimme z.B. Art. 1 der Verordnung Nr. 1612/68, daß jeder Staatsangehörige eines Mitgliedstaates ungeachtet seines Wohnorts "berechtigt (ist), eine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis eines anderen Mitgliedstaates auszuüben". Es sei nicht Vorbedingung für den Erwerb des Rechts auf Einreise und Aufenthalt, daß der den Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit betreffende Vorbehalt nach Art. 48 Abs. 3 und nach Art. 56 Abs. 1 EWGV nicht eingreife.

Mit diesem Urteil beginnt der EuGH seine Rechtsprechung zum Aufenthalts- und Melderecht, die er insbesondere in den Rechts-sachen Watson/Belman und Sagulo fortsetzt. Die sich aus diesen Entscheidungen ergebenden Konsequenzen werden an späterer Stelle ausführlich besprochen ³.

1 Entscheidungssammlung 1976, S. 503

2 Entscheidungssammlung 1976, S. 503

3 S.u., S. 101 ff.

§ 5 DIE FREIZÜGIGKEIT GRIECHISCHER ARBEITNEHMER

I. Vorbemerkung

Der EG-Beitritt Griechenlands wirft hinsichtlich der Freizügigkeit eine Reihe von interessanten Fragen ¹ auf, die nachfolgend im Zusammenhang behandelt werden. Auch im Falle des Beitritts weiterer Staaten dürften sich diese mit gleichem oder sehr ähnlichem Inhalt erneut stellen.

Griechenland ist seit dem 01.01.1981 Mitglied der Europäischen Gemeinschaften ². In der Beitrittsakte ³ werden u.a. Sonderregelungen hinsichtlich der Freizügigkeit getroffen, die erst nach einer Übergangszeit am 01.01.1988 in vollem Umfange hergestellt wird. Die bis dahin geltenden Einschränkungen tragen den beschäftigungspolitischen Gegebenheiten und Erfordernissen in den Aufnahmestaaten ausländischer Arbeitnehmer innerhalb der EG Rechnung ⁴.

Der für die folgende Darstellung maßgebende Art. 45 der Beitrittsakte lautet:

Die Artikel 1 bis 6 und 13 bis 23 der Verordnung (EWG) Nr. 1512/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft sind in den derzeitigen Mitgliedstaaten gegenüber griechischen Staatsangehörigen und in Griechenland gegenüber Staatsangehörigen der derzeitigen Mitgliedstaaten erst am 01. Januar 1988 anwendbar.

1 Vgl. Deringer/Sedemund, S. 1125 ff.; Huber, S. 1868 ff.

2 Vgl. BGBl. 1980, Teil II, S. 229 ff.

3 Vgl. Art. 44 ff. der "Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Griechenland und die Anpassung der Verträge" - Beitrittsakte -, BGBl. 1980, Teil II, S. 235 ff.

4 Vgl. die Denkschrift zur Beitrittsakte, BT-Drucksache 3231, S. 49

Die derzeitigen Mitgliedstaaten und die Republik Griechenland können bis zum 01. Januar 1988 gegenüber griechischen Staatsangehörigen beziehungsweise gegenüber Staatsangehörigen der derzeitigen Mitgliedstaaten die innerstaatlichen Vorschriften beibehalten, welche die Einreise zum Zweck einer Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis und/oder den Zugang zu einer solchen Beschäftigung von einer vorherigen Genehmigung abhängig machen.

(2) Artikel 11 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 ist in den derzeitigen Mitgliedstaaten gegenüber griechischen Staatsangehörigen und in Griechenland gegenüber Staatsangehörigen der derzeitigen Mitgliedstaaten erst ab 01. Januar 1988 anwendbar.

Jedoch haben Familienangehörige des Arbeitnehmers im Sinne des Artikels 10 der genannten Verordnung das Recht, in dem Mitgliedstaat, in dem sie mit dem Arbeitnehmer wohnen, eine Beschäftigung auszuüben, sofern sie sich seit mindestens drei Jahren in dem betreffenden Mitgliedstaat aufhalten. Die Dauer dieses Aufenthalts braucht vom 01. Januar 1983 an nur noch 18 Monate zu betragen.

Die Regelung dieses Absatzes läßt günstigere innerstaatliche Bestimmungen unberührt.

Maßgebend für die Festlegung, welche Bestimmungen des AufenthG/EWG auf griechische Staatsangehörige Anwendung finden, ist zuerst die Überprüfung, welchen der in § 1 Abs. 1 und 2 AufenthG/EWG genannten Personengruppen sie zuzurechnen sind. Aus dem Vertragstext geht hervor, daß zwischen Arbeitnehmern und den übrigen Personen, die ein Freizügigkeitsrecht in Anspruch nehmen können (Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 - 4 AufenthG/EWG), zu unterscheiden ist.¹

¹ Vgl. Kloesel-Christ, B 4.11, S. 3 ff.

II. Die Behandlung der Arbeitnehmer

1. Nach Art. 45 Abs. 1 der Beitrittsakte können die Mitgliedstaaten die innerstaatlichen Vorschriften beibehalten, welche die Einreise zum Zweck der Beschäftigung als Arbeitnehmer von einer vorherigen Genehmigung abhängig machen. Die Bundesregierung macht davon Gebrauch ¹, d.h., daß griechische Staatsangehörige, die zur Aufnahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit einreisen wollen, einer Aufenthaltserlaubnis in der Form des Sichtvermerks (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 DVAuslG) bedürfen. Dies trifft auch dann zu, wenn sie bereits in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft als ausländische Arbeitnehmer tätig sind. Für die Erteilung dieser Aufenthaltserlaubnis gelten die allgemeinen Bestimmungen ² des Ausländergesetzes.

Dies wird von Gutmann ³ verkannt. Er übersieht offenbar, daß die Bundesregierung von der Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, die Freizügigkeit griechischer Arbeitnehmer innerhalb der Übergangszeit einzuschränken. Sein Hinweis auf die Entscheidung des EuGH vom 23.03.1983 ⁴ hilft nicht weiter, da das Gericht hier lediglich feststellt, daß eine nachträgliche Verschärfung jener Zulassungsbeschränkungen, die bereits beim Eintritt Griechenlands in die EG bestanden, rechtswidrig ist.

¹ Vgl. Denkschrift zur Beitrittsakte, BT-Drucksache 3231

² Zu beachten ist allerdings der Deutsch-Griechische Niederlassungs- und Schifffahrtsvertrag vom 18.03.1960, der das behördliche Ermessen einschränkt, vgl. Mengele, S. 53, Rdn. 62 und S. 69 ff.

³ InfAuslR 7/8/83, S. 224

⁴ Rs 77/82, InfAuslR 7/8/83, S. 223

2. Aus Art. 45 Abs. 1 der Beitrittsakte ergibt sich, daß die Art. 7 - 12 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 von der Übergangsregelung ausgenommen sind, mithin ab dem 01.01.1981 weiter Geltung beanspruchen. Dar- aus folgt, daß diejenigen Bestimmungen beachtet werden müssen, die die Ausübung der Beschäftigung und die Gleichbehandlung (vgl. Art. 7 - 9 der vorgenannten Ver- ordnung) gewährleisten ¹. Insbesondere ist auf Art. 7 Abs. 1 hinzuweisen, der anordnet, daß ein Arbeitnehmer eines EG-Mitgliedstaates aufgrund seiner Staatsangehö- rigkeit hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeits- bedingungen nicht anders behandelt werden darf als ein inländischer Arbeitnehmer.

a) Dies bedeutet zunächst, daß jene griechischen Staats- angehörigen, denen der Aufenthalt als Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland erlaubt worden ist, seit dem 01.01.1981 Anspruch auf f r e i e Wahl der Be- schäftigung haben. Selbstverständlich bedürfen sie wei- terhin einer Arbeitserlaubnis; sie haben nun jedoch An- spruch auf Erteilung einer unbefristeten Arbeitserlaub- nis.

b) Was die Aufenthaltserlaubnis angeht, ist auf die Sy- stematik des Gemeinschaftsrechts zu verweisen: Das Recht auf Ausübung einer Beschäftigung schließt danach das Recht zum Aufenthalt ein ². Da die Freizügigkeit zwischen Griechenland und den übrigen EG-Staaten noch nicht hergestellt ist, kommen hinsichtlich des Aufent- haltsstatus von griechischen Staatsangehörigen nur die- jenigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts zur Anwen- dung, die den Aufenthalt in einem EG-Staat betreffen.

1 Vgl. Denkschrift zur Beitrittsakte, BT-Drucksache 3231, S. 49

2 Vgl. dazu insbesondere die Richtlinie Nr. 68/360/EWG, die zur Ausführung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 erlassen wurde.

Noch nicht zur Anwendung gelangen die Vorschriften über die Freizügigkeit zwischen EG-Staaten. Daraus ergibt sich:

- Die nach § 3 AufenthG/EWG, Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie Nr. 68/360/EWG vorgesehene "Aufenthaltserlaubnis für Angehörige eines Mitgliedstaates der EWG" kann von den griechischen Staatsangehörigen beantragt werden, die seit dem 01.01.1981 in der Bundesrepublik Deutschland als Arbeitnehmer tätig sind. Diese Aufenthaltserlaubnis enthält jedoch neben den persönlichen Daten u.a. folgenden Text: ¹

"Gemäß der genannten Verordnung (Nr. 1612/68) hat der Inhaber dieser Aufenthaltserlaubnis unter denselben Bedingungen wie die deutschen Arbeitnehmer das Recht auf Zugang zu Beschäftigungen im Lohn- und Gehaltsverhältnis und auf deren Ausübung im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland einschließlich des Landes Berlin."

Griechischen Staatsangehörigen wird jedoch während der Übergangszeit zwar das Aufenthaltsrecht, nicht aber das Recht zur Ausübung einer Beschäftigung bescheinigt, da insoweit die Arbeitserlaubnis maßgebend bleibt. Bei der Ausstellung der Aufenthaltserlaubnis hat die Ausländerbehörde diesen Passus deshalb zu streichen ².

Die Zulässigkeit dieser Maßnahme ergibt sich aus Art. 46 der vorerwähnten Beitrittsakte, nach dem von den Bestimmungen der Richtlinie 68/360/EWG insoweit abgewichen werden kann, wie es zur Durchführung der Regelungen des Art. 45 der Beitrittsakte notwendig ist.

¹ Vgl. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie Nr. 68/360/EWG sowie die Anlage dazu

² Vgl. auch Bundesverwaltungsgericht, Beschluß vom 09.02.1981 - BVerwG 1 B 15.81 -. Das Bundesverwaltungsgericht hat die hier vertretene Auffassung, daß die Einreise zum Zwecke einer Arbeitnehmertätigkeit nicht erlaubnisfrei ist, bestätigt.

- Einen Anspruch auf Erteilung der eben genannten Aufenthaltserlaubnis haben auch jene griechischen Staatsangehörigen, denen die Einreise als Arbeitnehmer in der Übergangszeit gestattet wird, soweit die beabsichtigte Tätigkeit nicht nur vorübergehend ausgeübt werden soll.

III. Familienangehörige

Die Rechtsstellung der Familienangehörigen eines griechischen Arbeitnehmers ergibt sich zunächst aus Art. 45 Abs. I der Beitrittsakte in Verbindung mit Art. 10 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68. Den in letzterer Vorschrift genannten Personen wird danach Einreise und Aufenthalt gewährleistet, d.h., sie genießen Freizügigkeit nach Maßgabe des AufenthG/EWG, soweit nicht das Recht auf Ausübung einer Beschäftigung in Frage steht. Hier trifft Art. 45 Abs. 2 der Beitrittsakte Sonderregelungen¹, auf die nicht im einzelnen eingegangen werden soll. Es ist festzuhalten, daß auch Familienangehörige der Arbeitserlaubnispflicht unterliegen. Sie haben wie der Arbeitnehmer Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für Angehörige eines Mitgliedstaates nach § 7 AufenthG/EWG mit der oben unter 2. b), 1. Anstrich, behandelten Einschränkung.

IV. Verbleibeberechtigte

Von besonderem Interesse ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen griechischen Staatsangehörigen ein Verbleiberecht zusteht. Nach der Formulierung des § 1 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG/EWG gewährt das hier in Rede stehende Recht einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltser-

¹ Vgl. oben, S. 61

laubnis, wenn der Arbeitnehmer nach Beendigung seiner Erwerbstätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland verbleiben will. Dies rechtfertigt die Auffassung, daß das Verbleiberecht von Staatsangehörigen der EG-Staaten kein eigenständiges Recht ist, sondern ein Recht, das aus dem Recht auf Ausübung einer Arbeitnehmertätigkeit folgt. In der Einleitung zur Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 vom 29.06.1970 ¹ findet sich eine Bestätigung dieser Ansicht. Dort heißt es: "Aus dem von den tätigen Arbeitnehmern erworbenen Aufenthaltsrecht ergibt sich zwangsläufig das vom Vertrag anerkannte Recht, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zu verbleiben."

Ist also das Verbleiberecht ein abgeleitetes Recht, setzt es voraus, daß der Arbeitnehmer zuvor ein Aufenthaltsrecht nach EG-Recht (und nicht nach allgemeinem Ausländerrecht) hatte. Bei griechischen Staatsangehörigen bedeutet dies, daß ein Verbleiberecht nach § 6 a AufenthG/EWG - soweit auf eine frühere Erwerbstätigkeit abgestellt wird - nur entsteht, wenn diese Erwerbstätigkeit ausgeübt wurde, nachdem der Beitritt Griechenlands zur EG erfolgte, also nach dem 31.12.1980.

Beispielhaft entsteht also ein Verbleiberecht dann, wenn ein griechischer Staatsangehöriger vom 01.01.1981 ab noch mindestens 12 Monate in der Bundesrepublik Deutschland erwerbstätig gewesen ist und sich dort seit mindestens drei Jahren ständig aufgehalten hat (§ 6 a Abs. 2 Nr. 1 AufenthG/EWG).

Es ist nicht auszuschließen, daß die strikte Einhaltung der vorgegebenen Daten zu Härtefällen führt, über die dann nach allgemeinem Aufenthaltsrecht zu entscheiden ist. Im Rahmen der Entscheidung nach § 2 Abs. 1 AuslG wird jedoch die EG-Zugehörigkeit Griechenlands wie auch der deutsch-griechische Niederlassungsvertrag ² zu berücksichtigen sein.

¹ ABl. EG Nr. L 142, S. 24

² Vgl. oben, S. 11 ff.

Dritter Teil: DIE AUSWEISUNG

§ 1 GRUNDLAGEN DER AUSWEISUNG

I. Vorbemerkung

Aus dem Rechtsgedanken, daß Ausländer kein Recht auf Aufenthalt in einem fremden Staat haben, folgt, daß die Bundesrepublik Deutschland unerwünschte Ausländer aus ihrem Staatsgebiet entfernen kann¹. Der Staat beschränkt sich jedoch in seinem Verfügungsrecht über den Ausländer durch die gesetzliche Festlegung von Ausweisungsgründen². Auch Angehörige von EG-Staaten, deren aufenthaltsrechtlicher Status gegenüber anderen Ausländern in erheblichem Umfang privilegiert ist, können ausgewiesen werden³.

Diese Feststellung scheint man auf den ersten Blick nicht ohne weiteres mit der Vorstellung einer möglichst weitreichenden Freizügigkeit in Einklang bringen zu können. Als zentrales Problem stellt sich deshalb die Frage, inwieweit nationalstaatliche Interessen auch gegenüber EG-Angehörigen tatsächlich durchsetzbar sind.

Es wäre zweifelsohne die EG-freundlichste Lösung, den gesamten Bereich des Aufenthaltsrechts von gemeinschaftsrechtlichen Regelungen bestimmen zu lassen⁴. Dies würde allerdings einen weitgehenden Verzicht auf die Geltendmachung nationaler Souveränität bedeuten. Dazu waren und sind die Mitgliedstaaten jedoch nicht bereit; der EWG-Vertrag läßt diese Frage offen. Er bestimmt in Art. 48 Abs. 3 lediglich, daß das Freizügigkeitsrecht vorbehaltlich der aus Gründen öffentlicher Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen gilt.

1 Vgl. die Amtliche Begründung zu § 10 AuslG, in: Kloesel-Christ, A 1 § 10, S. 1

2 Ebenda; vgl. die Darstellung zu § 10 AuslG, S. 68 ff.

3 S.u., S. 82 ff.

4 Vgl. Hailbronner, S. 858

Die Anwendung der in diesem Bereich geltenden EG-spezifischen Sonderregelungen, insbesondere der Richtlinie Nr. 64/221/EWG ¹, hat dem Gesetzgeber und den Ausländerbehörden erhebliche Schwierigkeiten bereitet, da man noch während eines beträchtlichen Zeitraumes nach dem Inkrafttreten nicht gewillt war, die grundlegenden Unterschiede in den Voraussetzungen der §§ 10 ff AuslG (die die Ausweisung nach allgemeinem Ausländerrecht regeln) und der vorgenannten Richtlinie zu berücksichtigen.

Für die weitere Darstellung erscheint es deshalb zweckmäßig, zunächst die Grundsätze der Ausweisung nach dem allgemeinen Ausländerrecht im Überblick darzulegen. Danach soll unter Berücksichtigung der Überlegungen, die zur Änderung der ursprünglichen Fassung des § 12 Abs. 1 AufenthG/EWG führten, und der Neufassung des französischen Ausländerrechts versucht werden, die Notwendigkeit einer gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung der Vorbehaltsklausel des Art. 48 Abs. 3 EWGV zu begründen.

II. Die Ausweisung nach allgemeinem Ausländerrecht

1. Die Ausweisungsverfügung

Die Ausweisungsverfügung wird als ein ausländerrechtliches und damit zugleich als ein polizeirechtliches Ordnungsinstrument betrachtet ², durch welches der Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland beendet und eine Pflicht zur Ausreise begründet wird. Die Ausweisung ist eine Maßnahme der polizeilichen Gefahrenabwehr. Sie dient nicht dazu, ein bestimmtes menschliches Verhalten zu

¹ Vom 25.02.1964, ABl. EG S. 850 ff.

² BVerwG, DÖV 1969, S. 467

ahnden, sondern einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder einer Beeinträchtigung sonstiger erheblicher Belange der Bundesrepublik Deutschland vorzubeugen¹. Auch wenn es von den Betroffenen oft gegenteilig empfunden wird, darf sie nicht als Instrument zusätzlicher Bestrafung mißverstanden werden². Dies gilt grundsätzlich auch für die Ausweisung von EG-Angehörigen.

2. Die Rechtsgrundlagen

a) In dem abschließenden Katalog des § 10 Abs. 1 AuslG sind alle Tatbestände aufgeführt, die die Ausländerbehörden ermächtigen, dem Ausländer den weiteren Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland zu versagen. Es handelt sich insgesamt um eine Aufzählung bestimmter Zustände und Verhaltensweisen, bei deren Vorliegen erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt sind und deshalb zur Abwehr künftiger Schäden die Entfernung aus dem Gebiet der Bundesrepublik erforderlich ist. Die Ausweisung muß beim Vorliegen eines Tatbestandes des § 10 Abs. 1 AuslG indes nicht zwingend ausgesprochen werden, sondern liegt vielmehr im Ermessen der Ausländerbehörden³.

Die nachfolgend skizzierten Grundsätze und Erwägungen müssen innerhalb der Ermessensausübung als positive und negative Ausweisungsinteressen richtig gewichtet und berücksichtigt werden⁴. Die Beachtung des Grundsatzes

1 BVerwGE 35, 291, 293 f.

2 BVerwGE 42, 133, 138

3 Kanein, S. 117, Zi. 3

4 Vgl. Mengele, S. 189 Rdn. 4. Mengele kritisiert zu Recht die von Schiffer (ZAR 1981, 166) geäußerte Forderung nach einer legislativen Konkretisierung des Ermessensspielraums der Ausländerbehörden, die lediglich an die von der Rechtsprechung bisher herausgearbeitete Differenzierung der Voraussetzungen anknüpfen könnte. Sie würde nur zu einer vermeidbaren Überfrachtung des Gesetzes führen, ohne daß es möglich wäre, sämtliche Fallvariationen in den Text aufzunehmen. Letztlich müßte man also wiederum auf einen Auffangtatbestand wie den des § 10 Abs. 1 Nr. 11 AuslG zurückgreifen.

der Verhältnismäßigkeit schließt ein, daß kein Mißverhältnis zwischen dem konkreten Tatgeschehen, auf das die Ausweisung gestützt wurde, und den mit der Ausweisung für den Ausländer verbundenen Folgen bestehen darf. Daraus folgt, daß wegen der Vielfalt der Lebensverhältnisse, die einer Ausweisung zugrunde liegen können, eine stetige Wechselwirkung zwischen den öffentlichen und den privaten Belangen stattzufinden hat und dies auch von der Ausländerbehörde erkannt werden muß ¹.

Bei Vorliegen eines Ausweisungstatbestandes macht die Ausländerbehörde von dem ihr eingeräumten Ermessen dann zweckentsprechend Gebrauch, wenn nach dem Verhalten des Ausländers damit gerechnet werden muß, daß er erneut gegen die Rechtsordnung verstößt und die Behörde diese Gefahr abwenden will ². Es ist nicht erforderlich, daß eine Wiederholungsgefahr konkret nachweisbar ist, vielmehr gelten bei der Beurteilung die Grundsätze der Anscheinsgefahr.

Da mit der Ausweisung stets auch ein Zweck verbunden ist, der seinen Grund nicht nur in der Person des Ausländers, sondern auch in der im Bundesgebiet lebenden Ausländergesamtheit hat, unterscheidet man nach dem Ausmaß der Personenbezogenheit eine Ausweisung aus generalpräventiven Gründen und eine solche aus spezialpräventiven.

Spezialpräventive Gründe knüpfen unmittelbar an die Person des auszuweisenden Ausländers an. Es ist festzustellen, ob dem Ausländer bei einem weiteren Verbleiben in der Bundesrepublik ein negatives Verhalten zu prognostizieren ist und danach eine hinreichende Wahrschein-

¹ Mengele, S. 200

² Kloesel-Christ, A 1, § 10 AuslG, S. 28; Mengele, S. 201

lichkeit besteht, daß er erneut die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören wird¹. Dazu kann bereits eine einmalige Tatbestandserfüllung ausreichend sein.

Ausweisungen verfolgen auch den Zweck, alle im Bundesgebiet lebenden Ausländer zu veranlassen, sich so zu verhalten, daß die Belange der Bundesrepublik Deutschland nicht beeinträchtigt werden. Sie sind also auch dann berechtigt, wenn sich die Ausländerbehörde von dem Ziel der Abschreckung der anderen Ausländer leiten läßt (Generalprävention). Es kommt dann nicht darauf an, ob der Ausländer künftig eine Gefahr für die Belange der Bundesrepublik darstellt². Generalpräventive Erwägungen dürfen jedoch nicht zu einer unverhältnismäßigen Reaktion führen. Bei der erforderlichen Abwägung kommt der Aufenthaltsdauer des Ausländers im Bundesgebiet besondere Bedeutung zu³.

b) Nach § 10 Abs. 1 Nr. 11 AuslG kann ein Ausländer ausgewiesen werden, wenn seine Anwesenheit erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland aus anderen (als den in Nr. 1 bis 10 genannten) Gründen beeinträchtigt. Nach Wortlaut und systematischer Stellung als Auffangtatbestand konzipiert, kommt dieser Vorschrift für das Ausweisungsrecht entscheidende Bedeutung zu. Durch den Bezug auf die in den § 10 Abs. 1 Nr. 1 - 10 genannten Belange lassen sich auch Inhalt und Zweck dieser Ausweisungs-Generalklausel ausreichend ermitteln, insbesondere die Auslegung des darin enthaltenen Rechtsbegriffs "Belange der Bundesrepublik Deutschland", so daß die verfassungsrechtliche Bestimmtheit der Norm gegeben

1 BVerwG NJW 1979, S. 506

2 Vgl. BVerwG NJW 1978, S. 1764. Die im Schrifttum erhobenen Einwände, die eine konkrete Gefahr durch das Verhalten des Ausländers fordern (etwa Franz, DVBl. 1973, S. 669), werden zu Recht von der Rechtsprechung nicht geteilt.

3 BVerwG, DVBl. 1979, S. 592

ist ¹.

Dieser Begriff wurde bei der Novellierung des AufenthG/EWG ² aus dessen § 12^a gestrichen. EG-Angehörige können danach nur noch aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit ausgewiesen werden. Die Vorgeschichte dieser von der EG-Kommission erzwungenen Änderung zeigt, mit welcher Beharrlichkeit der nationale Gesetzgeber seine eigenen Vorstellungen vom Anwendungsbereich der Vorbehaltsklausel des Art. 48 Abs. 3 EWGV aufrechterhalten wollte ³.

III. Der Begriff der "öffentlichen Ordnung und Sicherheit"

1. Die Auffassung des deutschen Gesetzgebers

a) Wie soeben erwähnt, läßt § 12 Abs. 1 AufenthG/EWG in der jetzigen Form die Ausweisung nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit zu. Nach der ursprünglichen Fassung ⁴ war sie aus Gründen der öffentlichen Sicherheit sowie dann zulässig, wenn sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt wurden. Der Gesetzgeber war und ist noch der Auffassung, daß damit lediglich der in den französischen Texten ⁵ verwendete Begriff des "ordre public" in die deutsche Rechtsterminologie übertragen worden ist. In der Amtlichen Begründung ⁶ dazu heißt es:

1 BVerwG NJW 1974, S. 227; Mengele, S. 199, Rdn. 33; Kanein, S. 129; vgl. dazu Bongen, S. 56 m.w.N., der erhebliche Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit äußert, die in der Rechtsprechung jedoch, soweit ersichtlich, nicht geteilt worden sind.

2 Vom 31.01.1980, BGBl. 1980, Teil I, S. 113 ff.

3 Siehe dazu die Ausführungen im nachfolgenden Abschnitt

4 AufenthG/EWG vom 22.07.1969, BGBl. I, S. 927

5 Vgl. Art. 48 Abs. 3 EWGV; Art. 10 der Richtlinie 68/360/EWG

6 Vgl. Koesel-Christ, B 4.6, S. 45

"Der Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Absatz 1 ist im Sinne des herkömmlichen deutschen Polizei-(ordnungs-)rechts zu verstehen, allerdings mit den sich aus den Absätzen 2 bis 5 ergebenden Einschränkungen. Da jedoch der im deutschen Recht entwickelte Begriff der öffentlichen Ordnung wesentlich enger ist als der dem romanischen Rechtskreis entstammende, in den EWG-Vertrag (Artikel 48 Abs. 3, Artikel 56 Abs. 1) und die dazu erlassenen Richtlinien aufgenommene Begriff des "ordre public", der die Gesamtheit der im Interesse des öffentlichen Wohls erlassenen Vorschriften umfaßt, ist auch eine Beeinträchtigung sonstiger erheblicher Belange der Bundesrepublik als Grund für die in Absatz 1 aufgezählten Maßnahmen in das Gesetz aufzunehmen."

Diese Auffassung wurde von der EG-Kommission im Verlaufe einiger Jahre mehrfach als unzulässige Erweiterung des Begriffes des "ordre public" gerügt. In der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache 36/75 (Rutili) ¹, die noch ausführlich behandelt wird ², sah die Kommission eine Handhabe, um gegen die Bundesregierung vorgehen zu können. Diese vermied mit der Novellierung des Gesetzes eine weitere Auseinandersetzung, stellte jedoch in der Amtlichen Begründung dazu klar, daß es sich nach ihrer Ansicht nur um eine terminologische Änderung handle, die keinen Einfluß auf den sachlichen Anwendungsbereich habe.

Dies führt - unter Einbeziehung der vorerwähnten Begründung zur ursprünglichen Fassung des § 12 Abs. 1 AufenthG/EWG - zu dem etwas merkwürdig anmutenden Ergebnis, daß auf jeden der in § 10 Abs. 1 AuslG aufgeführten Tatbestände - vorbehaltlich der Einschränkungen des § 12 Abs. 2 - 5 AufenthG/EWG - eine Ausweisung von EG-Angehörigen

1 Urteil vom 28.10.1975, Entscheidungssammlung 1975, S. 1219 ff.

2 S. u., S. 92 ff.

gestützt werden kann, mithin also auch auf die "sonstigen Belange der Bundesrepublik Deutschland". Um nicht wiederum zu der Rechtsauffassung der EG-Kommission in Widerspruch zu geraten, darf in der Ausweisungs-begründung der strittige Begriff natürlich nicht mehr genannt werden.

b) Dieser von der EG-Kommission mit der Bundesregierung geführte Streit erhellt die Kardinalfrage des Freizügigkeitsrechts: Inwieweit steht es den Mitgliedstaaten frei, selbst zu entscheiden, welche Beschränkungen sie unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vornehmen?

Sieht man tatsächlich in der Vorbehaltsklausel des Art. 48 Abs. 3 EWGV einen Verweis auf das jeweilige innerstaatliche Recht - eine Lösung, die sicher der Intention der Vertragspartner entsprach, die sich ihre Freiheit im Bereich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorbehalten wollten - kann die Freizügigkeit weitgehend ihrer Substanz beraubt werden.

Der deutsche Gesetzgeber befürchtete offenbar, daß, wenn er lediglich die Begriffe "öffentliche Sicherheit und Ordnung" der einschlägigen Richtlinien ¹ übernehme, er sich zu weitgehend seiner staatlichen Souveränität begeben würde. In der Amtlichen Begründung zur ursprünglichen Fassung des § 12 Abs. 1 AufenthG/EWG wurde - wie bereits erwähnt - wegen der Aufnahme des Begriffs der "Belange" ausdrücklich darauf hingewiesen, daß der Begriff des "ordre public" des französischen Rechtskreises sehr viel weiter auslegungsfähig sei als die genannten deutschen Begriffe. Dies ist kennzeichnend dafür, daß damals offenbar seitens des nationalen Gesetzgebers noch keine Bereitschaft bestand, EG-Recht als ein eigenständiges Recht mit unmittelbarer Wirkung zu begreifen. Dieser Eindruck wird dadurch ver-

¹ Z.B. Art. 10 der Richtlinie 68/360/EWG; Art. 8 der Richtlinie 73/148/EWG

stärkt, daß m.E. keinerlei Notwendigkeit für die Schaffung des AufenthG/EWG bestand, das ja zum größten Teil EG-Recht wörtlich übernahm, welches in der Bundesrepublik bereits ohne Einschränkung angewendet wurde.

2. Der Begriff des "ordre public" im französischen Ausländerrecht

Da der deutsche Gesetzgeber davon ausgeht, der Begriff des "ordre public" im französischen Ausländerrecht sei weiter auslegungsfähig als die Begriffe der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung" im deutschen Polizei- und Ordnungsrecht, soll dieser Auffassung im folgenden nachgegangen werden.

a) Es muß bezweifelt werden, ob dies zutrifft ¹. Bongen ² vertritt bereits in seiner 1975 erschienenen Untersuchung mit guten Gründen die Ansicht, daß sich für diese Auffassung keine Bestätigung finden lasse. Er macht darauf aufmerksam, daß sie ihren Ursprung im internationalen Privatrecht haben dürfte, da viele Autoren auf die Definitionen des IPR zurückgreifen würden ³. In diesem Bereich könne sie in der Tat Geltung beanspruchen, es spräche jedoch nichts dafür, hier gewonnene Ergebnisse bei der Auslegung der Vorbehaltsklausel des Art. 48 Abs. 3 EWGV zu verwerten.

b) Ein näheres Eingehen auf diese eben erwähnte Problematik erübrigt sich insoweit, als eine Inhaltsbestimmung des Begriffes vor der grundlegenden Änderung des französischen Ausländerrechts vom 29.10.1981 ⁴ in Frage steht. Durch die in zentralen Rechtsfragen von den her-

1 So etwa Fröhlich, S. 33, Hailbronner, S. 860 m.w.N.

2 S. 60 ff., S. 67

3 Bongen, S. 67, Rdn. 163; Hildmann, S. 78

4 Vgl. Ordonnance Nr. 45-2658 vom 02.11.1945, Journal officiel vom 4.11.1945, geändert durch Gesetz Nr. 81-973 vom 29.10.1981, Journal officiel vom 30.10.1981

gebrachten Auffassungen abweichende sozialistische Regierung wurde der Begriff des "ordre public" für den Bereich des Ausländerrechts neu definiert.

Die Möglichkeiten, einen Ausländer nunmehr wegen eines Verstoßes gegen den "ordre public" auszuweisen, wurden ganz erheblich eingeschränkt. Der Ausweisungskatalog des § 10 AuslG gibt jetzt im Vergleich zum französischen Recht weitaus mehr Möglichkeiten, unerwünschte Ausländer aus dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zu entfernen.

Dies sei im folgenden beispielhaft erläutert:

Art. 23 Abs. 1 des französischen Ausländergesetzes formuliert den Grundsatz des französischen Ausweisungsrechts: "Unter dem Vorbehalt der Bestimmungen des Art. 25 kann die Ausweisung durch Erlaß des Innenministers ausgesprochen werden, wenn die Anwesenheit des Ausländers auf dem Gebiet des französischen Staates eine erhebliche Bedrohung für den 'ordre public' darstellt." ¹

Anders als in § 10 AuslG wird der Begriff des "ordre public" zwar nicht wie der der "erheblichen Belange" durch einen vergleichbaren Katalog wie in § 10 Abs. 1 Nr. 1 - 10 AuslG sowie in Ziff. 15 der Verwaltungsvorschrift zu § 10 AuslG ² weitgehend konkretisiert ³,

¹ Eigene Übersetzung

² Ziff. 15 S. 2 der VwV zu § 10 AuslG: "Als erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland sind besonders ihre äußere und innere Sicherheit, die öffentliche Ordnung, die Sicherung wichtiger gesamtwirtschaftlicher Interessen und die Beziehungen zum Ausland anzusehen."

³ Es fehlt im übrigen auch eine Konkretisierung des Begriffes für das Ausländerrecht durch den Conseil d'Etat, s. Bongen, S. 67

die Eingriffsbefugnis wird jedoch durch die in Art. 25 enthaltenen Ausnahmen geradezu drastisch eingeschränkt. Eine Ermessensentscheidung ist nicht mehr möglich, eine Regelung, die dem Ausländergesetz fremd ist. Nicht ausweisbar sind etwa:

- Ausländer, die jünger als 18 Jahre alt sind,
- Ausländer, die länger als 15 Jahre in Frankreich leben,
- Ausländer, die wenigstens seit sechs Monaten mit einem französischen Staatsbürger verheiratet sind,
- Ausländer, die Eltern eines in Frankreich lebenden Kindes sind, das der elterlichen Gewalt nicht entzogen ist,
- Ausländer, die von einer französischen Einrichtung eine Arbeitsunfallrente beziehen und die zu wenigstens 20 % arbeitsunfähig sind,
- Ausländer, die bis zu einem Jahr Gefängnis ohne Bewährung verurteilt worden sind.¹

Darüber hinaus ist der Rechtsschutz völlig neu gestaltet und wesentlich verbessert worden, so daß Bongens Aussage, in Frankreich sei der Nutzen der Rechtsmittel gegen ausländerbehördliche Maßnahmen gering², gewiß nicht mehr zutrifft. Bezeichnend ist auch die Regelung, daß nur noch der Innenminister³ über eine Ausweisung entscheiden darf, eine Vorschrift, die allein dazu führte, die Zahl der Ausweisungen auf einige hundert pro Jahr zu beschränken.

1 Hier sind Ausnahmen zulässig: Ergänzend sei darauf hingewiesen, daß abweichend vom Katalog des Art. 25 aus-
gewiesen werden kann, wenn es für die Staatssicherheit
unabweisbar erforderlich ist, jedoch sind auch hier Min-
derjährige ausgenommen. Dieser Fall ist nach meiner
Kenntnis bis zum Mai 1983 noch nicht eingetreten.

2 Bongens, S. 66

3 Im französischen Innenministerium wird über jeden ein-
zelnen Fall entschieden. Bemerkenswert ist, daß Beamte,
die im Dienstrang Ministerialdirektoren vergleichbar
sind, auch damit befaßt werden.

Eine vergleichbare Bestimmung wie die des Art. 5 Abs. 2, der dem Ausländer bei Vorlage der erforderlichen Dokumente das Recht auf Einreise gewährt, findet sich bei keinem anderen EG-Mitgliedstaat.

3. Zum Inhalt der Vorbehaltsklausel im EWG-Vertrag

Der oben bereits formulierte Ausgangspunkt soll noch einmal ins Gedächtnis gerufen werden: Ist die Vorbehaltsklausel des Art. 48 Abs. 3 EWGV anhand von Gemeinschaftsrecht zu bestimmen oder kann den Mitgliedstaaten ihre Auslegung vorbehalten bleiben?

a) Letztere Auffassung würde, wie bereits erwähnt, die Freizügigkeit des Arbeitnehmers der Staatsräson der einzelnen Mitgliedstaaten preisgeben. Es wäre nicht von der Hand zu weisen, daß diese, wenn etwa wirtschaftliche Gründe dazu Anlaß gäben, durch geeignete Maßnahmen eine völlige Aushöhlung erreichen könnten.

Dennoch stellte der Rechtsausschuß des Europäischen Parlaments ¹ in einem Bericht zur Definition der Begriffe "öffentliche Verwaltung" und "öffentliche Gewalt" in Art. 48 Abs. 4 und Art. 55 Abs. 1 EWGV, die ähnliche Fragen aufwerfen, fest, daß die Mitgliedstaaten selbst darüber zu entscheiden hätten, was unter diesen Begriffen zu verstehen sei, da bei ihnen dafür eindeutige Regelungen existierten.

Das Europäische Parlament hat sich in einer entsprechenden Entschließung diese Auffassung zu eigen gemacht ². Es wird zwar betont, daß die Kompetenzen des Europäischen Gerichtshofs durch diese Formulierung nicht in Frage gestellt werden sollten; doch dies genügt, wie

¹ Vgl. Dok. 225/71 des Europäischen Parlaments; dazu Verhandlungen des Europäischen Parlaments Nr. 145, S. 12 ff.

² ABl. Nr. C 1 vom 1.12.1972, S. 4

Bongen ¹ zutreffend anmerkt, kaum, um die Haltung des Europäischen Parlamentes zur Frage nach der Rechtsnatur der Begriffe eindeutig zu klären. Es kann nicht darauf ankommen, daß die Begriffe überprüfbar sind, vielmehr ist entscheidend, welche Prüfungsmaßstäbe man dem Gericht zuweist.

In der Literatur tritt vor allem Selmer ² für die vorgenannte Ansicht ein. Er glaubt feststellen zu können, daß der Vertrag von unterschiedlichen Auffassungen des Begriffs der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in den einzelnen Mitgliedstaaten ausgeht und sie als gegeben hinnimmt. Aus diesem Grunde lehnt er es ab, einen innerhalb der gesamten Gemeinschaft gültigen Begriff der öffentlichen Ordnung anzuerkennen, der "nur noch der Auslegung bedarf".

Selmer begründet seine Auffassung damit, es müsse auch den Schöpfern des EWG-Vertrages bekannt gewesen sein, daß der Versuch der Bestimmung eines für alle EWG-Staaten einheitlichen Begriffs der öffentlichen Ordnung angesichts der in den einzelnen Mitgliedstaaten erheblich voneinander abweichenden Rechtsordnungen und der hierin zum Ausdruck kommenden unterschiedlichen Wertvorstellungen zum Scheitern verurteilt gewesen sei.

Auch von seinem Standpunkt aus bedarf es allerdings einer Korrektur zur Begrenzung der Vorbehaltsklauseln, denn nicht alle Beschränkungen aus Gründen der innerstaatlichen öffentlichen Ordnung und Sicherheit könnten zulässig sein, sondern nur die "gerechtfertigten" Beschränkungen.

1 Bongen, S. 74

2 Selmer, S. 328 ff.

Dieser Auffassung ist vor allem Grabitz¹ mit Nachdruck entgegengetreten. Er weist darauf hin, daß die innerstaatlichen Ausnahmen von einem uneingeschränkten Einreise- und Aufenthaltsrecht vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft im Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 169 EWGV daraufhin überprüft werden können, ob sie vom gemeinschaftsrechtlichen Polizeivorbehalt gedeckt sind. Daraus allein werde bereits deutlich, daß die in Rede stehenden Begriffe für die Gemeinschaft eine einheitliche Bedeutung haben müßten, ein m.E. überzeugendes Argument.

Auch lassen die vorherigen Ausführungen zum französischen Ausländerrecht klar erkennen, wie sehr der Begriff des "ordre public" von den politischen Grundvorstellungen der jeweiligen Regierungsmehrheit abhängt. Die in Frankreich durchgeführten Reformen auf dem Gebiet des Ausländerrechts haben zudem zu einer tiefgreifenden Kompetenzverteilung zugunsten der leichter kontrollier- und beeinflubaren Zentralbehörde (Innenministerium) geföhrt. Damit sind auch die organisatorischen Voraussetzungen verbessert worden, um im Laufe der Zeit effektiver auf das Verständnis des Begriffes einwirken zu können. Die Änderung des Ausweisungsrechts föhrt im übrigen dazu, daß eine Ausweisung von EG-Angehörigen aus Frankreich etwa im Vergleich zur Bundesrepublik Deutschland erheblich erschwert ist, eine Tatsache, auf die hier nicht weiter einzugehen ist, da insoweit nicht gegen EG-Recht verstoßen wird, die aber besonders deutlich macht, daß die hier in Rede stehenden Begriffe unter allen Umständen eine einheitliche (Mindest-)Regelung in der Gemeinschaft erfahren müssen.

¹ Grabitz, S. 92 ff.

b) Allein mit dieser Feststellung ist indes nicht alles gewonnen. Sie bedeutet nicht, daß nunmehr abschließend ermittelt werden könnte und dann die Voraussetzungen geschaffen wären, den Inhalt der Vorbehaltsklausel genau zu definieren. Es erscheint sogar von vorneherein unmöglich, eine abstrakte Definition des Begriffes der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu geben, der mehr enthält als die Feststellung, daß sie die Grundsätze eines geordneten menschlichen Zusammenlebens umfaßt. So wird vielfach im Gemeinschaftsrecht zu Recht auf einen Definitionsversuch völlig verzichtet¹. Viel wichtiger erscheint die Beantwortung der Frage, welche Genauigkeit ihre Bestimmung anhand des Gemeinschaftsrechts erreicht hat.

Es soll im folgenden versucht werden, darauf anhand bedeutsamer Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs zu diesem Problemkreis eine Antwort zu geben, allerdings nicht dergestalt, daß am Ende eine abschließende Aussage zu finden wäre. Dabei war zu berücksichtigen, daß die Entscheidungen des Gerichts meist zu Einzelfragen des Aufenthaltsrechts Stellung nehmen. Auch diese sollen systematisch eingeordnet werden. Es erschien deshalb zweckmäßig, vier Fallkonstellationen zu bilden, anhand derer eine mögliche Freizügigkeitsbeschränkung bei

- Verstößen gegen strafrechtliche Normen
- einer politisch oder anderweitig unerwünschten Betätigung
- Nichtbeachtung aufenthalts- und melderechtlicher Vorschriften
- Sozialhilfebezug eines EG-Angehörigen

untersucht werden kann.

¹ Vgl. Bongen, S. 79 m.w.N.

§ 2 FALLGRUPPEN

I. Die Ausweisung wegen eines Verstoßes gegen strafrechtliche Normen

1. Der Fall Bonsignore, RS 67/74 ¹

In der täglichen Praxis wird die Ausweisungsverfügung zumeist auf eine strafrechtliche Verurteilung des Ausländers gestützt. Im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 64/221/EWG war umstritten, ob bei EG-Ausländern generalpräventive Gründe für eine Ausweisung herangezogen werden durften. Nach der genannten Vorschrift "darf nur das persönliche Verhalten der in Betracht kommenden Einzelperson ausschlaggebend sein" ².

Obwohl diesen Richtlinien unmittelbare Wirkung für den einzelnen beizumessen ist und die Gerichte verpflichtet sind, sie auch ohne staatliche Durchführungsvorschriften anzuwenden ³, bezog das Bundesverwaltungsgericht noch in seinem Urteil vom 03.05.1973 ⁴ eine gegenteilige Auffassung. Das Verwaltungsgericht Köln trat dem entgegen und legte den hier in Rede stehenden Fall, bei dem es um die Ausweisung eines Italieners ging, der seinen Bruder versehentlich erschossen hatte, dem EuGH zur Vorabentscheidung vor. Die Stadt Köln hatte die Ausweisung mit der Abschreckungswirkung begründet, die die Ausweisung in Einwanderungskreisen im Hinblick auf die zunehmende Gewalttätigkeit in Ballungsgebieten haben müsse.

¹ Urteil vom 26.2.1975, Entscheidungssammlung 1975, S. 297 ff.

² Vgl. auch § 12 Abs. 3 Satz 1 AufenthG/EWG

³ Vgl. Rs 41/74, Entscheidungssammlung 1974, S. 1337 ff.

⁴ BVerwGE 42, 133

Der EuGH folgte in seiner Entscheidung in vollem Umfang dem Vortrage des Generalanwaltes Mayras, nach dessen Auffassung ¹ das "persönliche Verhalten" im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der vorgenannten Richtlinie und das Bemühen um Generalprävention gegensätzliche und miteinander unvereinbare Begriffe sind. Das Gericht entschied in aller Kürze dahingehend, daß generalpräventive Gesichtspunkte bei einer Ausweisung auszuscheiden hätten. Vom Einzelfall losgelöste Erwägungen dürften nicht entscheidend ins Gewicht fallen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat aufgrund dieser Entscheidung seine Rechtsprechung als "überholt" bezeichnet ². Angesichts des eindeutigen Wortlautes des Art. 3 Abs. 1 der genannten Richtlinie erstaunt diese Kehrtwendung nicht.

Das Ergebnis ist dennoch aus grundsätzlichen Erwägungen zu bedauern. Die Rechtfertigung von generalpräventiven Erwägungen zum Zweck der Ausweisung findet ihren Grund letztlich darin, daß die Ausweisung regelmäßig für den Ausländer einen erheblichen Nachteil darstellt, das für ihn mit einer Straftat verbundene Risiko wesentlich erhöht und somit die Hemmschwelle zur Begehung von Straftaten angehoben wird. Diese Überlegung hat auch bei EG-Ausländern Gültigkeit und dies um so mehr, als wegen der Freizügigkeitsregelungen davon auszugehen ist, daß schneller und umfassender eine Integration erfolgt und so die Ausweisung besonders einschneidend wirkt. Es erschiene zweckmäßiger, die Voraussetzungen für eine Ausweisung etwa hinsichtlich der Schwere der Tat oder dem Maß der Gefährdung nach zu erhöhen, als grundsätzlich auf generalpräventive Erwägungen zu verzichten.

¹ Entscheidungssammlung 1975, S. 314

² BVerwG, DVBl. 1975, S. 790

2. Der Fall Bouchereau, RS 30/77 ¹

Der bereits erwähnte Art. 3 der Richtlinie 64/221/EWG bereitet mit seinem 2. Absatz eine weitere Schwierigkeit bei der Ausweisung wegen strafrechtlicher Verurteilungen. Die Vorschrift hat nachstehenden Wortlaut: "Strafrechtliche Verurteilungen allein können ohne weiteres diese Maßnahmen nicht begründen." In der Sache Bouchereau hatte sich der EuGH mit der Tragweite dieser Regelung auseinanderzusetzen. Folgender Sachverhalt lag zugrunde:

Ein Arbeitnehmer französischer Staatsangehörigkeit wurde am 09.07.1976 in London zum zweiten Male wegen des Besitzes von Betäubungsmitteln angeklagt, nachdem er bereits im gleichen Jahr des gleichen Delikts für schuldig befunden worden war. Das englische Gericht bat um Vorabentscheidung u.a. über die Frage, ob die Begriffe "allein" und "ohne weiteres" in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 64/221/EWG bedeuten, daß frühere strafrechtliche Verurteilungen lediglich insoweit von Bedeutung sind, als sie eine gegenwärtige oder künftige Neigung offenbaren, in einer gegen die öffentliche Ordnung oder Sicherheit verstoßenden Weise zu handeln.

Die Entscheidung des Gerichts zu dieser Frage bezeichnet Hailbronner ² recht wohlwollend als "sibyllinisch". Danach ist Art. 3 Abs. 2 dahin auszulegen, "daß er von den nationalen Behörden eine spezifische Prüfung unter dem Blickwinkel der dem Schutz der öffentlichen Ordnung innewohnenden Interessen verlangt, die nicht notwendigerweise mit den Beurteilungen übereinstimmen muß, auf denen die strafrechtliche Verurteilung beruht. Somit darf eine frühere strafrechtliche Verurteilung nur insoweit berücksichtigt werden, als die ihr zugrunde lie-

¹ Urteil vom 27.10.1977, Entscheidungssammlung 1977, S. 1999 ff.

² Hailbronner, S. 861

genden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt." Es ist allerdings auch möglich, "daß schon allein das vergangene Verhalten den Tatbestand einer solchen Gefährdung der öffentlichen Ordnung erfüllt". Dies ist von den nationalen Behörden im Einzelfall zu bestimmen.

Man kommt nicht umhin, festzustellen, daß damit eine klare Antwort nicht gegeben wird ¹. Es ist kaum vorstellbar, wie eine einmalige strafrechtliche Verurteilung ohne das Hinzutreten weiterer Umstände eine schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung begründen soll, wenn nicht zugleich die Neigung des Straftäters zu weiteren und schweren Rechtsverletzungen erkennbar ist. Verlangt man in jedem Falle eine konkrete Wiederholungsgefahr, so wäre, worauf Hailbronner ² zutreffend hinweist, die Ausländerbehörde überfordert, zumindest dann, wenn das Erfordernis der Feststellung einer Rückfallgefahr ernstgenommen würde ³.

Im übrigen bestätigt der EuGH seine Auffassung ⁴, daß außer der Störung der öffentlichen Ordnung, die schon jede Gesetzesverletzung darstelle, eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegen muß, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt, bevor sich eine nationale Behörde auf den Begriff der öffentlichen

1 Vgl. Weber, S. 160

2 Hailbronner, S. 861

3 Die Amtliche Begründung zu § 12 AufenthG/EWG (s. Kloesel-Christ, B 4.6, S. 46) nennt beispielhaft die besondere Art des Delikts oder der Tatausführung, aus der sich Elemente ergeben könnten, die zu der strafrechtlichen Verurteilung hinzutreten und eine Ausweisung begründen könnten. Nach dem schriftlichen Bericht des Innenausschusses (BT-Drucksache V/4284) soll die Verurteilung unter Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte in jedem Falle zu einer Ausweisung ausreichen.

4 Vgl. Rs. 41/74, Van Duyn, s. u., S. 90 f.

Ordnung berufen kann. Seine Tragweite darf nicht von jedem Mitgliedstaat einseitig ohne Nachprüfung durch die Organe der Gemeinschaft bestimmt werden.

Es ist erkennbar, daß das Gericht bemüht ist, den Mitgliedstaaten bei der Berufung auf den "ordre public" Schranken zu setzen. Indes fehlt es an einer inhaltlichen Konkretisierung der Begriffe. Wo sind die Kriterien zu finden, die auf eine tatsächliche und schwere Gefährdung schließen lassen, und wann sind im Einzelfall Grundinteressen der Gesellschaft berührt?

Diese Fragen könnte man nur beantworten, wenn man gemeinschaftsrechtliche Maßstäbe zur Verfügung hielte. Hier weicht das Gericht jedoch offenbar aus¹. Unter Hinweis auf die van Duyn-Entscheidung² erklärt es sogar, daß die Umstände, die die Berufung auf den Begriff der öffentlichen Ordnung rechtfertigen, "von Land zu Land und im zeitlichen Wechsel verschieden sein können". Den nationalen Behörden bleibt also insoweit ein Beurteilungsspielraum innerhalb der durch den EWG-Vertrag gesetzten Grenzen. Wo diese liegen, klärt das Gericht nicht³.

3. Die Ausweisung bei einer Strafaussetzung zur Bewährung gem. § 56 Abs. 1 StGB

Ergänzend sei noch auf ein grundlegendes Urteil des Bundesverwaltungsgerichts⁴ zur Frage, wann im Falle einer Strafaussetzung zur Bewährung ein EG-Angehöriger ausgewiesen werden darf, hingewiesen. Das Gericht betont in dieser Entscheidung, daß für die Beurteilung der

1 Entscheidungssammlung 1977, S. 2013

2 S. u., S. 90 f.

3 Siehe dazu auch die Anmerkungen zum Rutili-Urteil, unten, S. 92 ff.

4 Urteil vom 17.10.1978, NJW 1978, S. 506 f.

Wahrscheinlichkeit einer Wiederholungsgefahr insbesondere die einschlägigen strafrechtlichen Entscheidungen heranzuziehen sind. Zwar seien die Ausländerbehörden an die tatsächlichen Feststellungen und an die Beurteilung des Strafrichters rechtlich nicht gebunden ¹, jedoch sei die Entscheidung des Gerichts für die Ausländerbehörde "von tatsächlichem Gewicht". Diese hat danach der sachkundigen strafrichterlichen Prognose bei ihrer Beurteilung der Wiederholungsgefahr wesentliche Bedeutung beizumessen. Eine Abweichung ist nur erlaubt, wenn den Ausländerbehörden ein umfassendes Tatsachenmaterial zur Verfügung steht, auf das mit überzeugenden Gründen eine andere Auffassung gestützt werden kann.

Da die Strafaussetzung zur Bewährung die Erwartung voraussetzt, daß der Verurteilte sich schon die Verurteilung zur Warnung dienen lassen und künftig auch ohne die Einwirkung des Strafvollzugs keine Straftaten mehr begehen wird, schließt diese Feststellung des Strafrichters "in der Regel" die Annahme einer Wiederholungsgefahr aus. Soweit also nicht im Einzelfall besondere Umstände vorliegen - das Bundesverwaltungsgericht verweist hier auf den Bereich der Gewaltkriminalität - dürfen EG-Angehörige bei einer Strafaussetzung zur Bewährung nicht ausgewiesen werden.

¹ Vgl. BVerwGE 48, 299, 301

II. Die Ausweisung wegen einer politisch oder anderweitig unerwünschten Betätigung

1. Vorbemerkung

Die in diesem Abschnitt zu behandelnde Problematik stellt sich gewiß als eine der heikelsten im Bereich der Ausweisung dar. Eine politische oder etwa eine vergleichbare religiöse Betätigung eines Ausländers kann für das Gastland schwierige rechtliche und politische Probleme aufwerfen. Gestattet das Aufenthaltsland den Ausländern eine politische Betätigung, die sich gegen ihren Herkunftsstaat oder dessen Regierung richtet, können die Beziehungen zwischen beiden Ländern erheblich belastet werden, eine besonders im Bereich des Asylrechts bekannte Problematik. Auch kann es zu Problemen im Gastland selbst kommen, wenn etwa die Betätigung von der Bevölkerung als Einmischung in die inneren Angelegenheiten angesehen wird oder das Gastland zum Austragungsort von politischen oder religiösen Spannungen wird, die im Herkunftsland der Ausländer ihren Ursprung haben ¹.

Während im allgemeinen Ausländerrecht § 6 AuslG detaillierte Regelungen trifft, sind solche im EG-Recht nicht vorhanden. Gemäß § 15 AufenthG/EWG gelten daher für EG-Angehörige die allgemeinen ausländerrechtlichen Bestimmungen. Daraus folgt, daß diese in bezug auf die übrigen im Bundesgebiet lebenden Ausländer insoweit keine Sonderstellung genießen ². Es wird aber zu prüfen sein, ob in dem hier in Rede stehenden Bereich der Auslegung des Begriffs der öffentlichen Ordnung und Sicherheit den einzelnen Mitgliedstaaten dennoch gemeinschaftsrechtliche Schranken auferlegt sind ³.

1 Vgl. Bericht des Innenausschusses zu § 6 AuslG, BT-Drucksache IV(3013, in Kloesel-Christ, A 1, § 6; Marxen, S. 115

2 So auch Kloesel-Christ, A 1, § 6, S. 9, Zi. 17

3 Vgl. Hailbronner, S. 863; es ist jedoch zu beachten, daß auch in diesem Bereich ausländerbehördliche Maßnahmen nicht auf "Belange der Bundesrepublik Deutschland" gestützt werden können, vgl. oben, S. 73 f.

2. Die Rechtslage im allgemeinen Ausländerrecht

Aus § 6 AuslG ergeben sich im Überblick folgende Grundsätze: § 6 Abs. 1 AuslG stellt klar, daß auch für Ausländer alle Grundrechte gelten, soweit sie nicht nach dem Grundgesetz nur Deutschen vorbehalten sind. Nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG hat also auch ein Ausländer das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten.

Diese Meinungsfreiheit beinhaltet auch die politische Meinungsäußerung als Teilbereich der politischen Betätigung. Der im Ausländergesetz verwendete Begriff der "politischen Betätigung" ist allerdings weiter als die Ausübung der freien Meinungsäußerung und umfaßt jede Handlung, welche die Schaffung oder Erhaltung bestimmter gesellschaftlicher Einrichtungen und Daseinsformen bezweckt¹. Der Form nach kann sie sich in der Teilnahme an einem mit gewaltsamen Mitteln durchgeführten Staatsstreik wie auch in dem Bemühen äußern, den Gesprächspartner durch friedliche Diskussionen für gesellschaftliche Zielvorstellungen zu gewinnen. Eine politische Betätigung, die über die Ausübung der freien Meinungsäußerung hinausgeht, wird verfassungsrechtlich jedoch lediglich durch das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 Satz 2 GG geschützt².

Der Gesetzgeber sieht die Grenzen einer politischen Betätigung von Ausländern dann, wenn sie mit den der Bundesrepublik Deutschland obliegenden völkerrechtlichen Verpflichtungen und ihren eigenen Belangen unvereinbar ist³. Hinsichtlich der nicht zulässigen Formen und Arten der Betätigung ist in § 6 Abs. 2 und 3 AuslG eine Abstufung dergestalt vorgesehen, daß in den Fällen des

1 Mengele, S. 177; Weißmann, S. 81

2 Mengele, ebenda

3 Vgl. BT-Drucksache IV/3013. Diese Vorstellung kann als sehr liberal charakterisiert werden. Es sei auf Art. 16 der EMRK hingewiesen, der bestimmt, daß keiner der vorangehenden Artikel so ausgelegt werden darf, daß den vertragschließenden Parteien verboten wird, die politische Betätigung von Ausländern Beschränkungen zu unterwerfen.

Abs. 2 eine Verbotsmöglichkeit statuiert wird, von welcher die Ausländerbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen Gebrauch machen kann, während die in Abs. 3 aufgeführten Tatbestände kraft Gesetzes mit einem absoluten Verbot belegt sind ¹.

Bei Mißachtung eines behördlichen oder gesetzlichen Verbots einer politischen Betätigung kann ein Ausweisungstatbestand nach § 10 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6 AuslG vorliegen.

3. Der Fall van Duyn ²

Der EuGH hatte hier zum ersten Male Gelegenheit, die Vorbehaltsklausel des Art. 48 EWGV auszulegen. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Holländerin van Duyn wollte nach England einreisen, um eine Stelle als Sekretärin der Church of Scientology einzunehmen. Sie selber war auch praktizierende Scientologistin. Diese Sekte wurde von der britischen Regierung sowohl als eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit als auch für die Gesundheit der Anhänger angesehen. Zwar war sie nicht verboten, die Regierung wollte jedoch das weitere Anwachsen durch den Zuzug von Ausländern verhindern. Aus diesem Grunde verbot der Einwanderungsbeamte die Einreise der Holländerin.

1 Abs. 2 und 3 lauten: (2) Die politische Betätigung von Ausländern kann eingeschränkt oder untersagt werden, wenn die Abwehr von Störungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung oder von Beeinträchtigungen der politischen Willensbildung in der Bundesrepublik Deutschland oder sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland es erfordern. (3) Die politische Betätigung von Ausländern ist unerlaubt, wenn sie erstens mit dem Völkerrecht nicht vereinbar ist, zweitens die freiheitlich demokratische Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland gefährdet oder drittens bestimmt ist, Parteien, andere Vereinigungen, Einrichtungen oder Bestrebungen außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes zu fördern, die mit Verfassungsgrundsätzen der freiheitlich demokratischen Grundordnung nicht vereinbar sind.

2 Urteil vom 04.12.1974, Rs 41/74, Entscheidungssammlung 1974, S. 1337 ff.

Das vorliegende Gericht erbat die Vorabentscheidung über die Frage, ob durch Art. 48 EWGV bzw. die Richtlinie 64/221/EWG Einzelpersonen gerichtlich durchsetzbare Rechte verliehen werden, sowie darüber, ob als "persönliches Verhalten" im Sinne des Art. 3 der vorgenannten Richtlinie die frühere bzw. beabsichtigte künftige Zugehörigkeit zu einer nicht verbotenen, wenn auch dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufenden Organisation berücksichtigt werden darf.

Das Gericht bejahte die erste Frage, auf die auch im folgenden nicht mehr einzugehen ist. Zur zweiten stellte es fest, daß eine frühere Mitgliedschaft in einer Organisation im allgemeinen nicht als "persönliches Verhalten" i.S.d. Art. 3 der Richtlinie 64/221/EWG gewertet werden dürfte.

Bereits in der bloßen Tatsache einer bestehenden Mitgliedschaft jedoch, die eine Beteiligung an den Tätigkeiten der Vereinigung oder Organisation sowie eine Identifizierung mit ihren Zielen und Absichten widerspiegeln, könne ein freiwilliges Tun und damit ein "persönliches Verhalten" gesehen werden.

Zum Begriff der öffentlichen Ordnung bemerkt der EuGH, daß er "eng" zu verstehen sei. Seine Tragweite könne insbesondere dann, wenn er eine Ausnahme vom Grundsatz der Freizügigkeit rechtfertigen solle, nicht von jedem Mitgliedstaat einseitig ohne Nachprüfung durch die Organe der Gemeinschaft bestimmt werden.

Zur Tatsache, die die "Church of Scientology" in England nicht formell verboten war, äußerte sich das Gericht dahingehend, daß es auf ein solches Verbot nicht ankäme, da die innerstaatlichen Behörden eine eindeutige Beurteilung dahin abgegeben hätten, daß sie die Betätigung der Vereinigung als Gefahr für die Gesellschaft ansähen.

Es sieht im übrigen keine Diskriminierung von EG-Angehörigen darin, daß diesen die Einreise wegen der beabsichtigten Mitgliedschaft verwehrt wird, während englische Staatsangehörige insoweit keinen Beschränkungen unterliegen.

Zu diesem Ergebnis kommt der EuGH aufgrund der Erwägung, daß ein völkerrechtlicher Grundsatz es den Staaten verbietet, ihren eigenen Staatsangehörigen die Einreise zu verweigern. Die britische Regierung hätte im übrigen auch keine rechtliche Handhabe, gegenüber im Lande lebenden britischen Staatsbürgern aufenthaltsrechtliche Maßnahmen durchzusetzen, die diesen die Möglichkeit zum Beitritt genommen hätten.

Die Befürchtung von Tomuschat ¹, die Zugehörigkeit von Ausländern zu einer im Gastland zwar nicht verbotenen, aber unerwünschten Partei könnte zum Anlaß von ausländerbehördlichen Maßnahmen gemacht werden, erweist sich, wie mit dem im folgenden behandelten Urteil gezeigt wird, als unbegründet.

4. Der Fall Rutili ²

Dem italienischen Staatsangehörigen Rutili, der in Frankreich seit seiner Geburt wohnte, dort arbeitete und gewerkschaftlich tätig war, wurde durch die französischen Behörden untersagt, sich in vier bestimmten Departements aufzuhalten, obwohl dieser eine Aufenthaltserlaubnis für Angehörige eines Mitgliedstaates der EWG beantragt hatte. Die Behörden warfen ihm politische Aktionen anläßlich der Parlamentswahlen 1967, der Ereignisse im Mai/Juni 1968 und bei einer Demonstration anläßlich der Gedenkfeier am 14. Juli 1968

¹ Vgl. die Besprechung dieses Urteils in Cahiers de droit européen 1975, 302; Weber, S. 157; dazu auch Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, S. 270

² Urteil vom 28.10.1975, Rs 36/75, Entscheidungssammlung 1975, S. 1219 ff.

vor, die seine Anwesenheit in den Departements als Störungen des "ordre public" erscheinen ließen. Das Gericht wurde befragt, ob die Vorbehaltsklausel des Art. 48 EWGV auch Einzelentscheidungen der Behörden betreffe, sowie nach dem Sinn des in der Klausel enthaltenen Wortes "gerechtfertigt".

Zur Beantwortung der ersten Frage verwies der EuGH auf die Verpflichtung der Gerichte der Mitgliedstaaten, die Normen des Gemeinschaftsrechts, die gerichtlich geltend gemacht werden könnten, gegenüber den Bestimmungen des nationalen Rechts durchzusetzen¹. Soweit die Bestimmungen des Vertrages und des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts die Rechtstellung oder den Schutz des einzelnen zum Gegenstand hätten, wären die nationalen Gerichte gehalten, auch zu prüfen, ob Einzelentscheidungen mit den einschlägigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts vereinbar seien.

Der EuGH betont, daß dies nicht nur für die im EWG-Vertrag verankerten Grundsätze des Diskriminierungsverbots und der Freizügigkeit gelte, sondern auch für die Bestimmungen der hier in Rede stehenden Richtlinie 64/221/EWG, die die Tragweite der Vorbehaltsklausel abgrenzen würde. Er weist nachdrücklich darauf hin, daß sich diese Betrachtungsweise "aufdränge", da die innerstaatlichen Rechtsvorschriften über den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung den staatlichen Behörden Wertungen vorbehielten, die ansonsten möglicherweise jeglicher gerichtlicher Kontrolle entzogen wären.

Die Beantwortung der Frage, wann Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Ordnung "gerechtfertigt" sind, nimmt der EuGH in drei Abschnitten vor².

1 Entscheidungssammlung, S. 1229

2 Entscheidungssammlung, S. 1230 ff.

a) Das Gericht äußert sich zunächst zu den materiellrechtlichen Anforderungen zur Rechtfertigung einer solchen Maßnahme.

Seine Ausführungen vermögen jedoch nicht zu befriedigen. Es wiederholt seine in der van Duyn-Entscheidung bereits gebrauchte Formulierung, daß die Freizügigkeit nur beschränkt werden dürfe, wenn die Anwesenheit des Ausländers eine tatsächliche und hinreichend schwerwiegende Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt. Bei der Konkretisierung dieses Begriffes müsse auch Art. 8 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 berücksichtigt werden. Danach hat ein EG-Arbeitnehmer Anspruch auf Gleichbehandlung hinsichtlich der Zugehörigkeit zu Gewerkschaften und der Ausübung gewerkschaftlicher Rechte. Der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung darf nicht aus Gründen geltend gemacht werden, die mit der Ausübung dieser Rechte in Zusammenhang stehen.

Dieser Hinweis trägt wenig zur Lösung des vorliegenden Falles bei. Es ist nicht ersichtlich, wie auf die genannte Vorschrift eine Berechtigung zu allgemeiner politischer Betätigung gestützt werden könnte. Um eine solche geht es hier jedoch letztlich.

Der Vortrag der Kommission ¹ zu dieser Frage beginnt überzeugend. Sie weist darauf hin, daß in den Mitgliedsstaaten die Grundrechte des Menschen vom Staat anerkannt und bestätigt seien. Das innerstaatliche Recht formuliere die einzelnen Freiheitsrechte und lege die Schranken fest, die einerseits die gleichzeitige Ausübung dieser Freiheitsrechte erlauben, andererseits den Schutz der Gesellschaft sichern sollten. Eine Betätigung, die in der legitimen Ausübung eines vom nationalen Recht als solches anerkannten Grundrechts bestehe, könne nicht als Gefährdung der öffentlichen Ordnung angesehen werden, auch wenn sie von einem Ausländer ausgehe.

¹ Vgl. Entscheidungssammlung 1975, S. 1225

Diese Argumentation steht im Einklang mit der Wechselwirkung zwischen Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG und § 6 Abs. 2 AuslG, wie sie im deutschen Recht vertreten wird¹.

Unter Beachtung der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung ist hier die Ausländerbehörde gehalten, nach einer Gewichtung des öffentlichen Schutzinteresses und der Individualbelange des Ausländers an einer ungehinderten politischen Meinungsäußerung eine Güterabwägung unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen.

Die Kommission nennt allerdings keine Maßstäbe zur Beurteilung der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Betätigung eines Ausländers die legitimen Grenzen überschreitet. Sie macht lediglich darauf aufmerksam², daß das Gastland unter dem Vorwand der Forderung politischer Neutralität die "normale" Ausübung legitimer und vom Gemeinschaftsrecht gewährleisteter sozialer Rechte nicht verhindern darf. Bleckmann³ kommt hier zu dem Schluß, daß die Ausübung europäischer Rechte grundsätzlich niemals eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt. Wenn die Bestimmung, was unter "normaler" Ausübung zu verstehen ist, allerdings dem Gastland vorbehalten bleiben soll, wäre damit nicht viel gewonnen.

Unklar ist die Bezugnahme des EuGH auf die EMRK⁴. Er stellt fest, daß sich die Beschränkungen der ausländerpolizeilichen Befugnisse der Mitgliedstaaten als eine besondere Ausprägung eines allgemeinen Grundsatzes dar-

1 Vgl. Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 5, Rdn. 248 ff.

2 Entscheidungssammlung 1975, S. 1226

3 EuGRZ 1976, S. 266

4 Entscheidungssammlung 1975, S. 1232

stellen, der in den Artikeln 8, 9, 10 und 11 der EMRK verankert sei. Diese bestimmten gleichlautend, daß die zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorgenommenen Einschränkungen der dort zugesicherten Rechte nicht den Rahmen dessen überschreiten dürften, was für diesen Schutz "in einer demokratischen Gesellschaft" notwendig ist.

Weber ¹ ist der Auffassung, daß der EuGH damit keine unmittelbare Bindung des Gemeinschaftsrechts an die EMRK bejahen wollte ². Er macht zu Recht darauf aufmerksam, daß der Hinweis des Gerichts auf die Regelungsvorbehalte des EMRK vor allem deshalb problematisch ist, weil diese die Begriffe "öffentliche Sicherheit" und "öffentliche Ordnung" zwar enthalten, sie jedoch in unterschiedlichem Zusammenhang und neben anderen Rechtsgütern genannt werden. Angesichts der problematischen Auslegung der Vorbehalte im EWG-Vertrag und in der EMRK und der Unsicherheit, inwieweit in beiden Bereichen die richterliche Kontrolle durch die europäischen Organe reicht, kann die vorerwähnte Formulierung des EuGH, worauf Bleckmann ³ hinweist, nicht beinhalten, daß das Gericht aufgrund einer Rechtsvergleichung zu dem Ergebnis gelangt ist, bis auf wenige Punkte stimmten die Vorschriften des EWG-Vertrages und EMRK überein.

Er vertritt die Auffassung, daß damit gemeint sei, daß der EuGH in zukünftigen Entscheidungen sich von der Lösung der Rechtsfragen in der EMRK und den Entscheidungen der Straßburger Organe leiten lassen wird. Diese Ansicht findet m.E. in der weiteren Rechtsprechung zum Freizügigkeitsrecht allerdings keine Bestätigung.

1 EuGRZ 1978, S. 158; vgl. zu dieser Problematik auch Schweitzer, S. 469 f., der mit überzeugenden Gründen darauf hinweist, daß die Bestimmungen der EMRK als "allgemeine Rechtsgrundsätze" keine Geltung im Gemeinschaftsrecht beanspruchen können.

2 Ebenso Stein, NJW 1976, S. 1556, Rdn. 27

3 EuRGZ 1976, S. 266

b) In verfahrensrechtlicher Hinsicht betont der Gerichtshof die rechtsstaatlichen Garantien bezüglich der Begründung belastender Individualentscheidungen und der Rechtsbehelfsmöglichkeiten, wie sie in den Art. 6, 8 und 9 der Richtlinie 64/221/EWG bereits enthalten sind.

c) Schließlich hatte sich der EuGH zu der Frage eines räumlich beschränkten Aufenthaltsverbots zu äußern, wie es die französische Regierung angeordnet hatte.

Es erklärte diese Aufenthaltsbeschränkung schlechthin für nichtig und verwies darauf, daß solche Verbote nur für das gesamte Staatsgebiet ausgesprochen werden dürfen, da der in Art. 48 Abs. 3 EWGV formulierte Vorbehalt dieselbe Tragweite habe wie die Rechte, deren Ausübung er einzuschränken ermögliche. Räumlich beschränkte Aufenthaltsverbote seien wegen Art. 7 EWGV nur insoweit zulässig, als sie auch gegenüber den eigenen Staatsangehörigen ausgesprochen werden könnten. Sie wären also etwa in Frankreich als Nebenstrafe gemäß Art. 44 des Code penal oder in der Bundesrepublik aufgrund von Weisungen für die Bewährungszeit gem. § 24 b StGB vertretbar.

Weber¹ bezeichnet das Ergebnis aus sozialpolitischen Gründen unter Hinweis auf die Gefahr einer Gettoisierung der Ausländer als begrüßenswert, die Begründung jedoch als mißglückt². Dazu bemerkt er, daß bereits die Berufung des EuGH auf Art. 7 EWGV wegen des speziellen Diskriminierungsverbots des Art. 48 Abs. 2 EWGV nicht gerechtfertigt war. Weiter kritisiert Weber, daß der EuGH sich nicht die Argumentation der EG-Kommission zu eigen gemacht habe, die das Verbot der hier erlassenen Aufent-

¹ EuGRZ 1978, S. 158

² Vgl. Hailbronner, S. 863; Streil, S. 116

haltsbeschränkung auf Art. 6 Abs. 1 Buchstabe a der Richtlinie 68/360/EWG stützen will. Danach muß die Aufenthaltserlaubnis für das gesamte Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates gelten.

Allerdings ist dagegen einzuwenden, daß Art. 6 der genannten Richtlinie in Art. 10 wieder unter den Vorbehalt der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gestellt ist. Wenn dieser Vorbehalt hier überhaupt einen Sinn haben soll, müssen Aufenthaltserlaubnisse im Einzelfall auf Teile des Staatsgebietes beschränkt werden können.

Hailbronner¹ macht noch zu Recht darauf aufmerksam, daß gegen die Entscheidung des EuGH Bedenken im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestünden. Mildere Mittel statt der nunmehr unvermeidlichen Ausweisung, wie etwa eine Zuzugssperre, sind jetzt nicht mehr anwendbar.

¹ Hailbronner, S. 863

III. Die Ausweisung bei Verstößen gegen aufenthalts- und melderechtliche Vorschriften

1. Zur Rechtslage im allgemeinen Ausländerrecht

Wie bereits erwähnt, muß ein Ausländer, der seinen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland nehmen will, eine Reihe von aufenthaltsrechtlichen Vorschriften beachten. Kommt er diesen Pflichten, insbesondere jenen, sich die erforderliche Aufenthaltserlaubnis und gültige Ausweispapiere zu beschaffen, nicht nach, kann er bestraft (§§ 47, 48 AuslG) und ausgewiesen werden (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 und 6 AuslG).

Die zahlreichen Erleichterungen der Einreise und des Aufenthalts, die im Vergleich mit der vor dem Ausländergesetz geltenden Ausländerpolizeiverordnung zu einem weitgehenden Verzicht auf die Ausländerüberwachung führten, machen es nach der Amtlichen Begründung ¹ zu § 47 AuslG erforderlich, Verstöße gegen die vorgenannten Verpflichtungen ausnahmslos als Vergehen zu bestrafen. Bei EG-Angehörigen gilt insoweit die Sonderregelung des § 12 a AufenthG/EWG, nach der Verstöße gegen das Aufenthalts- und Melderecht nur noch als Ordnungswidrigkeiten geahndet werden.

2. Der Fall Royer

Im bereits erwähnten Royer-Urteil ² hat der EuGH klargestellt, daß der in Art. 4 der Richtlinie 68/360/EWG vorgesehenen Bescheinigung zum Nachweis des Aufenthalts-

¹ Kloesel-Christ, A 1, § 47, S. 2

² S. o., S. 58 f.; vgl. auch Kranz, S. 111 ff.

rechts nur deklaratorische Bedeutung zukommt ¹. Von diesem Ausgangspunkt wurden die übrigen dem Gericht vorgelegten Fragen beantwortet, deren wichtigste zum Inhalt hatte, ob ein EG-Angehöriger wegen eines Verstoßes gegen aufenthaltsrechtliche Vorschriften ² ausgewiesen werden durfte.

Das Gericht stellte dazu lapidar fest, daß ein solches Verhalten für sich allein nicht als Beeinträchtigung der "öffentlichen Ordnung und Sicherheit" angesehen werden kann. Jede Entscheidung über die Entfernung aus dem Hoheitsgebiet sei deshalb mit dem EWG-Vertrag unvereinbar, wenn sie ausschließlich darauf gestützt sei, daß der Betroffene die gesetzlichen Formalitäten im Rahmen der Ausländerüberwachung nicht erfüllt habe oder keine Aufenthaltserlaubnis besäße. Folgerichtig fügt der EuGH hinzu, daß damit eine freiheitsentziehende Maßnahme, die erfolgt, um den Ausländer aus dem Hoheitsgebiet entfernen zu können, ebenfalls nicht in Betracht kommen könne.

Mit diesem Urteil leitete der EuGH eine Entschärfung des nationalen Ausländerstrafrechts bei Verstößen gegen aufenthaltsrechtliche Formalitäten ein, die er in den nachfolgend beschriebenen Entscheidungen zielstrebig fortsetzte.

1 In Verkennung dieser durch die weitere EuGH-Rechtsprechung gefestigten Rechtslage unterwirft das BVerfG (EuGRZ 1980, S. 684) auch die EG-Bürger der Aufenthaltserlaubnispflicht nach § 2 Abs. 1 AuslG und gesteht unter Bezugnahme auf das AufenthG/EWG lediglich erleichterte Bedingungen für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis zu. Im übrigen ist m.E. der offizielle französische Text des Art. 4 der Richtlinie 68/360/EWG durch das Wort "Aufenthaltserlaubnis" fehlerhaft übersetzt worden. Es heißt dort nicht "permis de séjour", sondern "document dénommé carte de séjour". Um Verwechslungen zu vermeiden, hätte man diesen Begriff mit Aufenthaltskarte, Aufenthaltsbescheinigung übertragen können.

2 Royer besaß keine Aufenthaltserlaubnis.

3. Der Fall Watson/Belman ¹

In dieser Entscheidung hatte der EuGH über die Vereinbarkeit italienischer Strafbestimmungen betreffend die Verletzung melderechtlicher Vorschriften mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht zu befinden. Die englische Staatsangehörige Watson hatte es nach ihrer Einreise unterlassen, innerhalb einer Frist von drei Tagen bei der Polizeibehörde des Aufenthaltsortes zu erscheinen und ihren Aufenthalt anzuzeigen. Ein solcher Verstoß hätte mit einer Geld- oder Freiheitsstrafe geahndet werden können. Darüber hinaus drohten die Strafbestimmungen dem italienischen Staatsangehörigen Belman, der sie aufgenommen hatte, eine Geld- oder Freiheitsstrafe an, weil dieser ihren Aufenthalt nicht binnen 24 Stunden angezeigt hatte.

Der EuGH wies in seinem Urteil erneut darauf hin, daß die Freizügigkeitsbestimmungen des EWG-Vertrages als ein an die Mitgliedstaaten gerichtetes Verbot anzusehen seien, die Einreise von Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten in ihr Hoheitsgebiet zu beschränken. Das Gericht hob ferner hervor, daß das Gemeinschaftsrecht den nationalen Behörden nicht die Befugnis nehme, sich von den Bevölkerungsbewegungen in ihrem Hoheitsgebiet Kenntnis zu verschaffen.

Zur Frage der möglichen Bestrafung mit Geld- oder Freiheitsstrafe vermied das Gericht eine eindeutige Stellungnahme.

¹ Urteil vom 07.07.1976, Rs 118/75; Entscheidungssammlung 1976, S. 1185 ff.; vgl. dazu Nascimbene, S. 370 ff.

Es stellte lediglich die Forderung auf, daß eine Sanktion nicht gerechtfertigt sei, wenn sie so außer Verhältnis zur Schwere der Tat stehe, daß sie sich als Behinderung der Freizügigkeit erweise. Die Sanktionen müßten im übrigen denen entsprechen, die gegen Inländer wegen gleichartiger Delikte verhängt würden. Auch die Bestimmungen hinsichtlich der Bestrafung des italienischen Staatsangehörigen seien nur vertragswidrig, wenn sie mittelbar die Freizügigkeit beschränkten. Hinsichtlich der vom italienischen Recht vorgeschriebenen Meldefristen wies das Gericht darauf hin, daß sich diese in "angemessenen Grenzen" halten müßten.

Auch bei dieser Entscheidung zeigt sich deutlich, daß es der EuGH vermeidet, konkrete Aussagen und Angaben etwa zur Höhe einer Strafe zu machen. Dies wird man mit dem vom Gericht wiederholt gegebenen Hinweis, den Mitgliedstaaten stehe ein Beurteilungsspielraum zu, wenn es um die Auslegung des Begriffs der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gehe, begründen können. Zwischen den Zeilen liest man wohl auch die Besorgnis des Gerichts, es könne mit weitergehenden Festlegungen die betroffenen Mitgliedstaaten zu sehr verärgern. Das nachstehend dargestellte Urteil belegt erneut, daß der nationale Gesetzgeber relativ sensibel auf ein negatives Votum dieses Gemeinschaftsorgans reagiert.

4. Der Fall Sagulo, Brenca und Bakhouché ¹

Das hier ergangene Urteil hat in der Bundesrepublik Deutschland für erhebliche Verwirrung gesorgt, da die Vereinbarkeit von Strafvorschriften des Ausländergesetzes mit dem Gemeinschaftsrecht in Frage gestellt schien.

¹ Urteil vom 14. Juli 1977, Rs 8/77; Entscheidungssammlung 1977, S. 1495

Die drei vorerwähnten EG-Angehörigen wurden wegen verschiedener Verstöße gegen § 27 AuslG (Aufenthalt ohne Paß bzw. Aufenthaltserlaubnis) zu Geldstrafen verurteilt bzw. in Untersuchungshaft genommen. Neben der Frage nach der Vereinbarkeit einer Freiheitsstrafe wegen der genannten Delikte mit dem Gemeinschaftsrecht ergab sich das Problem, daß die EG-Angehörigen eine härtere Bestrafung hätte treffen können als deutsche Staatsangehörige wegen vergleichbarer Verstöße.

Zur letzteren Frage gab der EuGH eine unerwartete Antwort.

Er sah in den unterschiedlichen Möglichkeiten der Bestrafung keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 7 EWGV. Zur Begründung verwies er auf die Richtlinie 68/360/EWG, die den Angehörigen der Mitgliedstaaten besondere Pflichten - wie den Besitz eines Reisepasses - auferlege und daß sie deshalb nicht den Staatsangehörigen des Aufenthaltsstaates gleichgestellt werden könnten. Diese Folgerung dränge sich um so mehr auf, als manche Mitgliedstaaten ihren eigenen Angehörigen keine derartigen gesetzlichen Pflichten auferlegen würden, so daß in diesen Ländern jeder Vergleichsmaßstab fehle.

Nach der nicht näher begründeten Ansicht Webers¹ übersieht diese Auffassung, die an eine vermeintliche Ungleichartigkeit der Sachverhalte anknüpfe, die durch das spezifische Diskriminierungsverbot des Art. 48 Abs. 2 EWGV gebotene Gleichartigkeit der Sachverhalte. Dem ist m.E. nicht zu folgen. Grenze für eine Bestrafung bleibt auch hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, d.h. die Rechtfertigung der Sanktion in Relation zur grundsätzlich bestehenden Einreise- und Auf-

¹ Weber, EuGRZ 1978, S. 159

enthalttsfreiheit¹. Diesem Grundsatz kann bei der Strafzumessung genügend Rechnung getragen werden.

Dem Gesetzgeber ist es im übrigen gelungen, den sich aus dem Sagulo-Urteil ergebenden Fragen wie auch dem im Watson/Belmon-Verfahren aufgeworfenen Problem nach der Zulässigkeit einer Freiheitsstrafe mit dem 2. Änderungs-gesetz zum AufenthG/EWG zu begegnen. Verstöße gegen Aufenthalts- und Meldevorschriften, die durch EG-Angehörige begangen werden, sind nunmehr, wie oben bereits erwähnt, gem. § 12 a AufenthG/EWG nur noch Ordnungswidrigkeiten². Eine Freiheitsstrafe kann wegen der hier in Rede stehenden Verstöße nicht mehr verhängt werden.

1 Sasse, S. 233

2 BGBl. 1980, Teil I, S. 113 ff.; die etwa von Dubbers (EuGRZ 1980, S. 689 ff.) aufgeworfenen Probleme bezüglich der Anwendung des § 47 AuslG (vgl. auch Urteil des BayVGh vom 22.11.1977, EuGRZ 1978, S. 74) haben sich damit in der ausländerbehördlichen Praxis weitgehend erledigt, so daß ein näheres Eingehen auf diese Fragen sich in diesem Zusammenhang erübrigt.

Der Fall Sagulo hat im übrigen zu einer ganzen Reihe von Veröffentlichungen über das bis dahin in der (Fach-)Öffentlichkeit eher stiefmütterlich behandelte Freizügigkeitsrecht der Arbeitnehmer geführt. Er gab Gelegenheit, dem Gesetzgeber mit Nachdruck rechtswidriges Handeln gegenüber Ausländern vorzuwerfen, auch wenn dieses lediglich darin bestanden haben mag, daß im Einzelfall ein Ausländer die Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis nach drei anstatt nach fünf Jahren Aufenthalt beantragen mußte.

5. Die Ausweisung wegen eines ungültigen Ausweises

Es mag verwundern, daß diese Frage noch einmal aufgeworfen wird, da bereits als Ergebnis der Royer-Entscheidung festgestellt wurde, daß Verstöße gegen Aufenthaltsvorschriften eine Ausweisung nicht rechtfertigen. Da jedoch gemäß § 9 AuslG die Aufenthaltserlaubnis auch bei EG-Angehörigen erlöschen soll¹, wenn der Ausweis des Ausländers ungültig wird und auch § 11 AufenthG/EWG die gleiche Folge anordnet, wenn sich der EG-Angehörige länger als sechs Monate nicht mehr im Geltungsbereich des Ausländergesetzes aufgehalten hat, ist hierzu noch eine Stellungnahme erforderlich.

Es muß bezweifelt werden, ob man bei der Aufenthaltserlaubnis des EG-Rechts überhaupt von einem "Erlöschen" sprechen kann, da ihr nach unbestrittener Rechtsauffassung nur deklaratorischer Charakter zukommt. Sie bescheinigt nur das dem Berechtigten aus dem EWG-Vertrag zustehende Recht auf Freizügigkeit, sie begründet es nicht.

Es ist damit kein Rechtsgrund vorhanden, der durch den Wegfall der Aufenthaltserlaubnis beseitigt werden könnte. Dies bestätigt ein Vergleich mit der Funktion des § 9 AuslG im allgemeinen Ausländerrecht. Die Aufenthaltserlaubnis nach § 2 Abs. 1 AuslG wird aufgrund bestimmter Sachverhaltsvoraussetzungen, zu denen auch die Staatsangehörigkeit des Ausländers gehört, erteilt. Wird der Paß ungültig, so liegt es nahe, bereits aus Gründen der Zweckmäßigkeit den Aufenthalt des Ausländers zu beenden, da es erfahrungsgemäß erhebliche Schwierigkeiten

¹ Kloesel-Christ, B 4.6, S. 51

bereitet, Staaten zur Aufnahme von Personen zu bewegen, die zwar einen von den nationalen Behörden ausgestellten, jedoch nicht mehr gültigen Ausweis besitzen. Gerade diese Zweckbestimmung des § 9 AuslG geht im EG-Recht ins Leere, weil nach Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 64/221/EWG der Staat, der den Ausweis ausgestellt hat, verpflichtet ist, den Inhaber ohne besondere Formalitäten einreisen zu lassen, selbst wenn die Staatsangehörigkeit bestritten wird.

Aus diesem Blickwinkel ist auch § 11 AufenthG/EWG zu sehen ¹. Diese Vorschrift spricht ebenfalls von einem "Erlöschen" der Aufenthaltserlaubnis. Nach der Amtlichen Begründung ² beruht sie auf Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie 68/360/EWG, die allerdings diesen Begriff nicht verwendet. § 11 sollte deshalb so verstanden werden, daß eine neue Aufenthaltserlaubnis für EG-Angehörige ausgestellt werden muß, wenn der EG-Angehörige wiederum auf Dauer einreisen will, da offenbar die gesetzliche Vermutung aufgestellt wird, daß die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Freizügigkeitsrechts während der langen Abwesenheit entfallen sind ³. Die in § 11 AufenthG/EWG genannte 6-Monatsfrist ist in jedem Falle einzuhalten, auch wenn bei der Ausreise bereits feststeht, daß die Abwesenheit länger dauert. Insoweit geht § 11 der Regelung des § 9 Abs. 1 Nr. 3 AuslG vor ⁴.

1 Vgl. Scheffler, S. 93

2 Kloesel-Christ, B 4.6, S. 43

3 Die Auffassung von Sasse in EuGRZ 1978, S. 233, der auf die Begriffe konstitutive bzw. deklaratorische Aufenthaltserlaubnis verzichten möchte, erscheint wegen des langjährig eingeübten und anerkannten Sprachgebrauchs wenig praktikabel.

4 Kloesel-Christ, B 4.6, S. 43

IV. Die Ausweisung wegen des Bezugs von Sozialhilfe

1. Vorbemerkung

Die im folgenden zu behandelnde Problematik wurde bereits bei der Darstellung der Rechtssache Levin ¹ berührt. Dort hat der EuGH festgestellt, daß die Freizügigkeit eines Arbeitnehmers nicht deshalb begrenzt werden kann, weil dieser durch seine Erwerbstätigkeit weniger verdient, als im Gastland als Existenzminimum angesehen wird. Er äußert sich nicht zu der Möglichkeit einer Ausweisung, wenn der Arbeitnehmer wegen des geringeren Einkommens Sozialhilfe in Anspruch nehmen muß. Die Rechtslage wird dadurch kompliziert, daß hier verschiedene zwischenstaatliche Vereinbarungen, die eine Ausweisung zum Teil erheblich einschränken, zur Anwendung gelangen können. Es ist deshalb zweckmäßig, nach einer Betrachtung des allgemeinen Ausländerrechts diese in die Darstellung einzubeziehen, damit überprüft werden kann, ob nicht allein wegen dieser Vereinbarungen eine Ausweisung bereits ausgeschlossen ist.

2. Die Ausweisung nach allgemeinem Ausländerrecht

Gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 10 AuslG kann ein Ausländer ausgewiesen werden, der seinen Lebensunterhalt für sich und seine unterhaltsberechtigten Angehörigen nicht ohne Inanspruchnahme der Sozialhilfe bestreitet oder bestreiten kann. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn er nicht auf den Höchstbetrag angewiesen ist ².

Die Tatsache, daß gem. § 120 BSHG Ausländer, solange sie sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, auf dem Gebiet der Sozialhilfe deutschen Staatsangehörigen weitgehend gleichgestellt werden, steht einer Ausweisung nicht entgegen, da das Bundessozialhilfegesetz

¹ Vgl. oben, S. 41 f.

² Kloesel-Christ, A 1, § 10, S. 36

und das Ausländergesetz zwei verschiedene Regelungsbereiche behandeln. Aus § 120 BSHG ergibt sich auch kein Anspruch auf einen Verbleib im Bundesgebiet, bis alle Varianten der Sozialhilfe ausgeschöpft sind ¹.

Die Möglichkeiten der Ausweisung sind jedoch in einer Weise eingeschränkt, die den Interessen ausländischer Arbeitnehmer in besonderer Weise Rechnung trägt.

a) Nach dem Wortlaut von § 10 Abs. 1 Nr. 10 AuslG ist Ausweisungsgrund die Inanspruchnahme von Sozialhilfe zur Bestreitung des Lebensunterhalts. Dieser Begriff bestimmt sich nach den Regelungen des Bundessozialhilfegesetzes ², vgl. Nr. 14 der VwV zu § 10 AuslG. Bei anderen Leistungen nach dem Bundessozialhilfegesetz, z.B. der Hilfe in besonderen Lebenslagen ³, ist § 10 Abs. 1 Nr. 10 AuslG nicht anwendbar.

b) Es genügt nach Nr. 14 VwV zu § 10 AuslG ebenfalls nicht für eine Ausweisung, wenn Sozialhilfe zur Bestreitung des Lebensunterhalts nur vorübergehend in Anspruch genommen wird.

c) Ausländische Arbeitnehmer, die arbeitslos sind, haben nach dem Arbeitsförderungsgesetz Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung (Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe). In seinen bereits erwähnten Urteilen hat das Bundessozialgericht ⁴ dazu festgestellt, daß sich die Bundesanstalt für Arbeit bei ausländischen Arbeitnehmern im Falle der Arbeitslosigkeit mindestens ein Jahr um die Vermittlung einer neuen Arbeitsstelle zu bemühen hat und während dieser Zeit Arbeitslosengeld bzw. Arbeitslosenhilfe zu zahlen ist. Dadurch soll nach

¹ Kloesel-Christ, A 1, § 10, S. 36

² Vgl. §§ 11 ff. BSHG

³ Vgl. §§ 27 ff. BSHG

⁴ Vgl. oben, S.

Auffassung des Gerichts gerade auch vermieden werden, daß ausländische Arbeitnehmer in dieser Zeit Leistungen nach dem Bundessozialhilfegesetz in Anspruch nehmen müssen, was eine Ausweisung zur Folge haben könnte.

3. Die Ausweisung aufgrund zwischenstaatlicher Vereinbarungen

a) Das Europäische Niederlassungsabkommen ¹

Dieser Vereinbarung läßt sich nichts darüber entnehmen, was gegen eine Ausweisungsmöglichkeit sprechen würde. Vielmehr wird in Abschnitt 1 a) Nr. 1 u. 3 des Protokolls zum Abkommen ausdrücklich dem innerstaatlichen Recht die Bestimmung der Tatbestände überlassen, die als eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung angesehen werden.

b) Das Europäische Fürsorgeabkommen ²

Dieses Abkommen findet u.a. in allen EG-Mitgliedstaaten Anwendung. Nach Art. 6 und Art. 7 EFA ist die Ausweisung allein wegen Inanspruchnahme von Sozialhilfe bei einem Angehörigen eines Vertragsstaates unzulässig, wenn der Ausländer sich seit mindestens fünf Jahren - bei Einreise nach dem 55. Lebensjahr mindestens seit zehn Jahren - ununterbrochen rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten hat. Auch bei Nichterfüllung der Aufenthaltsdauer ist die Ausweisung nur möglich, wenn der Ausländer nach seinem Gesundheitszustand transportfähig ist und keine Bindungen im Gastland hat.

¹ In Kraft getreten am 23.02.1965, BGBl. 1965 II, S. 1099

² In Kraft getreten am 01.09.1956, BGBl. 1958 II, S. 18;
Vgl. Schiedermaier, S. 554 ff.

4. Schranken der Ausweisung aus EG-rechtlichen Gesichtspunkten

Unter Berücksichtigung EG-rechtlicher Erwägungen bestehen erhebliche Einwände gegen eine Ausweisung, obwohl diese Frage - soweit ersichtlich - in keiner Vorschrift ausdrücklich behandelt wird. Als Ergebnis nachstehender Überlegungen wird die Auffassung vertreten, daß der Bezug von Sozialhilfe, soweit er nicht durch ein verschuldetes Verhalten - z.B. freiwillige Aufgabe der Arbeit - verursacht wurde, keinen Tatbestand darstellt, der eine Ausweisung rechtfertigen kann.

a) Bedenken gegen eine Ausweisung ergeben sich zunächst aus dem AufenthG/EWG. Die gesetzlich vorgeschriebene Mindestdauer für die erste Aufenthaltserlaubnis, die einem EG-Angehörigen erteilt wird, beträgt nach § 3 Abs. 2 AufenthG/EWG fünf Jahre. (Nur in diesem Zeitraum kann wegen der Geltung des EFA eine Ausweisung überhaupt noch in Betracht kommen.) Erst bei der Beantragung der ersten Verlängerung nach Ablauf dieses Zeitraums sieht das Gesetz die Möglichkeit einer Begrenzung der Gültigkeitsdauer vor, wenn der Arbeitnehmer unfreiwillig arbeitslos geworden ist, § 3 Abs. 3 AufenthG/EWG. Es ist weiter zu berücksichtigen, daß Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 68/360/EWG die nachträgliche Begrenzung einer gültigen Aufenthaltserlaubnis wegen unfreiwilliger Arbeitslosigkeit verbietet. In der Ausweisung wegen des Bezugs von Sozialhilfe ist deshalb eine Umgehung dieser Schutzvorschriften zu sehen, wenn der Sozialhilfebezug die Folge der Arbeitslosigkeit ist.

b) Diese Auffassung kann noch mit dem Hinweis auf § 12 Abs. 3 AufenthG/EWG, wonach nur ein "persönliches Verhalten" des Betroffenen bei Maßnahmen der öffentlichen

Ordnung und Sicherheit ausschlaggebend sein darf, gestützt werden. Der Begriff "Verhalten" enthält ein aktives Element; es muß ein zurechenbares Handeln vorliegen¹. Bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit, an die sich der Sozialhilfebezug lediglich aufgrund gesetzlicher Regelungen anschließt, ist diese Voraussetzung nicht gegeben.

c) Auch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Adoui und Cornuaille² bestätigte diese Auffassung. Dort hat das Gericht ausgesprochen³, ein Mitgliedstaat dürfe nicht aufgrund des Vorbehalts der öffentlichen Ordnung Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaates wegen eines bestimmten Verhaltens aus seinem Hoheitsgebiet entfernen, wenn er bei eigenen Staatsangehörigen keine Zwangsmaßnahmen oder andere tatsächliche und effektive Maßnahmen zur Bekämpfung eines solchen Verhaltens ergreift.

d) Ergänzend sei noch auf eine Überlegung von Speyer⁴ hingewiesen, der die Frage aufwirft, ob ein gemeinschaftsrechtliches Diskriminierungsverbot zugunsten der EG-Arbeitnehmer hier eingreift mit der Folge, daß sich die Überlegungen auf der Ebene des "ordre public" erübrigen. Er verweist auf Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68, der bestimmt, daß Wanderarbeitnehmer in den Genuß der gleichen "sozialen Vergünstigungen" kommen müssen wie die nationalen Arbeitnehmer. Wie der EuGH

1 BayVGH, Inf. AuslR. 9/83, S. 243

2 Urteil vom 18.05.1982, Rs. 115 und 116/81, Entscheidungssammlung 1982, S. 1665

3 Entscheidungssammlung 1982, S. 1708

4 InfAuslR 4/83, S. 106

in seinen Urteilen vom 31.05.1979 ¹ und vom 14.01.1982 ² ausgeführt hat, sind darunter solche Vergünstigungen zu verstehen, die den inländischen Arbeitnehmern wegen ihrer Arbeitnehmereigenschaft oder wegen ihres Wohnortes im Inland gewährt werden und deren Ausdehnung auf die Arbeitnehmer, die Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaates sind, deren Mobilität innerhalb der Gemeinschaft erleichtert.

Ob die Sozialhilfe unter den Begriff der "sozialen Vergünstigungen" fällt, ist allerdings zweifelhaft.

Nach Art. 4 Abs. 4 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ³ gehört die Sozialhilfe nicht zu den Systemen der sozialen Sicherheit im Sinne dieser Verordnung. Der EuGH hat sich zu diesen Fragen noch nicht geäußert. Eine abschließende Stellungnahme zu dieser Frage soll hier unterbleiben, da ein Vorabentscheidungsverfahren durch Beschluß des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 09.05.1983 ⁴ beim EuGH anhängig ist.

1 Ministere public/Even, Rs 207/78, Entscheidungssammlung 1979, S. 2019

2 Reina, Rs 65/81, Entscheidungssammlung 1982, S. 33

3 Vom 14.7.1971, ABl. EG Nr. L 149, S. 2

4 Vgl. InfAuslR 9/83, S. 242 ff.

SCHLUBBEMERKUNG

VORSTELLUNGEN ZUR WEITERENTWICKLUNG DER FREIZÜGIGKEIT

Die Bestrebungen, innerhalb der EWG ¹ die Freizügigkeit auf weitere Personengruppen auszudehnen, sind nicht zum Stillstand gekommen. Auf der Pariser Gipfelkonferenz vom 9./10. Dezember 1974 beschlossen die europäischen Staats- und Regierungschefs ² auf Vorschlag der Bundesregierung, eine Arbeitsgruppe des Rates der Europäischen Gemeinschaften mit der Untersuchung zu beauftragen, unter welchen Voraussetzungen und innerhalb welcher Fristen den Bürgern der neun Mitgliedstaaten "besondere Rechte" als Angehörige der Gemeinschaft zuerkannt werden können.

Seit diesem Zeitpunkt ist eine Ratsarbeitsgruppe "Besondere Rechte der Bürger der EG" tätig. Bearbeitet werden die Themen "Kommunalwahlrecht von EG-Bürgern mit Wohnsitz in einem EG-Staat", "Europäische Paßunion" (Erarbeitung eines europäischen Paßformulars) und "Aufenthaltsrecht von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates".

Von der letztgenannten Arbeitsgruppe wurde der Entwurf einer Richtlinie über das Aufenthaltsrecht von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten im Hoheitsgebiet eines

¹ Auf die Probleme, die sich durch eine Erweiterung der EG durch den Beitritt der Länder Spanien und Portugal ergeben, kann hier nicht eingegangen werden; vgl. dazu Groeben: Die Europäische Union als Prozeß, S. 473 ff.

² 8. EG-Gesamtbericht (1974), S. 337 ff.

anderen Mitgliedstaates vorgelegt ¹. Die darin entwickelten Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage sind außerordentlich weitgehend.

Nach den Vorstellungen der Arbeitsgruppe soll in umfassender Weise ein Aufenthaltsrecht für alle EG-Staatsangehörige in jedem anderen EG-Mitgliedstaat geschaffen werden, ohne daß diese EG-Staatsangehörigen Arbeitnehmer sind. Darüber hinaus soll die uneingeschränkte Freizügigkeit "auch gelten für jede Person, der gegenüber der Aufenthaltsberechtigte zur Unterstützung verpflichtet ist oder der er tatsächlich Unterhalt gewährt" ².

Besonders kritische Betrachtung muß dem Wortlaut des Artikel 4 Abs. 2 des hier in Rede stehenden Entwurfs entgegengebracht werden:

"Die Mitgliedstaaten können jedoch von den Angehörigen eines Mitgliedstaates den Nachweis verlangen, daß sie über ausreichende Mittel verfügen, um ihren Lebensunterhalt und gegebenenfalls den ihrer Familienangehörigen, denen sie Unterhalt gewähren, zu bestreiten.(...) Die Mitgliedstaaten können nicht verlangen, daß diese Mittel höher als das in ihren Rechtsvorschriften für ihre Staatsangehörigen festgelegte Existenzminimum sind."

Es liegt nahe, daß mittellose EG-Angehörige nach einem Inkrafttreten dieser Richtlinie in einen anderen EG-Staat abwandern, um dort höhere Sozialhilfesätze in Anspruch zu nehmen. Dieser Besorgnis wehrt nur auf den ersten Blick der Nachweis des Existenzminimums.

¹ EG-Dok. 8475/80

² Art. 1 Abs. 2 Buchstabe c des Richtlinienvorschlags

In der Bundesrepublik Deutschland haben Sozialhilfempfeänger nicht nur Anspruch auf den jeweils für sie errechneten Geldbetrag, vielmehr können sie außerdem etwa Wohnungsbeihilfen, Winterbeihilfen, Kleiderbeihilfen in Empfang nehmen. Die Verwirklichung einer vollständigen Freizügigkeit in der vorgeschlagenen Form würde für die vermögenden EG-Staaten mit einer kaum überschaubaren Kostenlast verbunden sein.

Abschließend sei noch auf folgendes hingewiesen:

Der Bundesrat hat sich ¹ zu diesem Richtlinienvorschlag ablehnend geäußert und dabei auf ein rechtliches Problem aufmerksam gemacht, das eine Erweiterung der Freizügigkeit auf dem bisher beschrittenen Wege grundsätzlich in Frage stellt. Er verneint in seiner Stellungnahme ² die Kompetenz der EWG zum Erlaß der Richtlinie. Die Tätigkeit der Gemeinschaft umfasse nach Art. 3 Buchstabe c EWGV die Beseitigung der Hindernisse für den freien Personenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten nur "nach Maßgabe des Vertrages".

Angesichts der in Art. 48 ff. EWGV vorgenommenen Konkretisierung dieses Vertragsziels und im Hinblick auf die wirtschaftliche Funktion der Freizügigkeit gehöre der freie Personenverkehr innerhalb der Gemeinschaft jedoch nur insoweit zu den Zielen des EWG-Vertrages, als es sich um die Freizügigkeit von Personen handle, die sich entweder in abhängiger Stellung als Arbeitnehmer oder in selbständiger beruflicher Funktion in einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft betätigen wollten.

¹ 494. Sitzung am 19.12.1980; BR-Drucksache 460/80

² Ebenda

Dagegen gehöre die Freizügigkeit von nicht erwerbstätigen Personen nicht zu den Vertragszielen der EWG. Unter diesen Umständen könne die Richtlinie ihre Rechtsgrundlage nicht in Art. 235 EWGV finden, da die Anwendung dieser Bestimmung eine Lücke im Ermächtigungssystem des EWG-Vertrages und nicht im Zielsystem voraussetze. Eine andere Rechtsgrundlage sei im EWG-Vertrag nicht ersichtlich.

An dieser Argumentation führt wohl kein juristischer ¹ Weg vorbei.

¹ Die Frage, ob entsprechend der deutschen Lehre von den Bundeskompetenzen kraft Sachzusammenhangs vergleichbare europäische Kompetenzen entwickelt werden können, soll hier nicht weiter verfolgt werden. Bereits die Tatsache, daß die hier in Rede stehenden Vorschläge eminente politische und finanzielle Auswirkungen haben würden, spricht wohl dagegen, diesen Weg zu beschreiten.

Lebenslauf

Geboren am 29.11.1950 als einziges Kind der Eheleute

Erich und Margot Jungmann, geb. Thenné

Schulbesuch von 1956 bis 1969

1969 bis 1975 Studium der Rechtswissenschaften in Köln
und Erlangen

1979 Assessorexamen in Nürnberg

1979 bis 1981 Studium der Rechtswissenschaften in Mainz

Seit 1979 Tätigkeit beim Bundesamt für die Anerkennung
ausländischer Flüchtlinge in Zirndorf als Ausschuß- und
Referatsleiter

1981 Tätigkeit im Bundesministerium des Innern

1982 bis September 1984 Referatsleiter beim vorgenannten
Bundesamt

Seit Oktober 1984 im Rahmen eines langfristigen Beamten-
austausches Tätigkeit im französischen Innenministerium,
Paris.

Nürnberg, im Januar 1985

